

**Naturmangfoldloven § 9 –  
rommet for forvaltningens skjønnsutøvelse og  
adgangen til domstolskontroll med forvaltningen**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 624  
Leveringsfrist: 25.04.12 kl. 12.00

Til sammen 179991 ord

19.04.2012



## Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Om oppgavens tema	1
1.2	Rettskilder	2
1.3	Avgrensning	3
1.4	Begrepsavklaring	4
1.4.1	Risiko	4
1.4.2	Rettsanvendelsesskjønn	4
1.4.3	Kostnadseffektivitet	5
<b><u>2</u></b>	<b><u>OM RETTSLIGE PRINSIPPER</u></b>	<b><u>5</u></b>
2.1	Særlig om miljørettslige prinsipper	8
<b><u>3</u></b>	<b><u>OM FØRE VAR-PRINSIPPET</u></b>	<b><u>9</u></b>
3.1	Føre var-prinsippet i internasjonal miljørett	10
3.2	Føre var-prinsippet i norsk miljørett	13
3.2.1	Om forholdet mellom Grunnlovens § 110 b og føre var-prinsippet	14
3.3	Forholdet mellom Naturmangfoldloven §§ 7 og 9	17
3.4	Føre var-prinsippet i Naturmangfoldloven § 9	18
<b><u>4</u></b>	<b><u>ROMMET FOR FORVALTNINGENS SKJØNNSUTØVELSE ETTER NML § 9</u></b>	<b><u>21</u></b>
4.1	Om forvaltningens skjønnsutøvelse	21
4.2	Om forvaltningsskjønnet etter nml. § 9	23
4.3	Om nml. § 14s påvirkning av forvaltningens skjønnsutøvelse	31

<b><u>5</u></b>	<b><u>DOMSTOLSKONTROLL MED FORVALTNINGENS SKJØNNSUTØVELSE</u></b>	<b><u>33</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Domstolskontroll med forvaltningsvedtak</b>	<b>33</b>
<b>5.2</b>	<b>Skillet mellom lovanvendelseskontroll og skjønnsutøvelseskontroll</b>	<b>34</b>
<b>5.3</b>	<b>Domstolskontroll med forvaltningen i norsk rettspraksis</b>	<b>36</b>
5.3.1	Utvisningsdom I (Rt 1995 s. 72)	37
5.3.2	Naturfredningssaken (Rt. 1995 s. 1427)	37
<b>5.4</b>	<b>Grensene for domstolskontroll med forvaltningens skjønnsutøvelse etter nml. § 9</b>	<b>39</b>
5.4.1	Unntak fra hovedregelen om kontroll med subsumsjonen	39
5.4.2	Forvaltningens frie skjønn vs. rettsanvendelsesskjønn	40
5.4.3	Vurderingen av hva som er hensiktsmessig og avveiningen mot andre hensyn	46
<b><u>6</u></b>	<b><u>AVSLUTNING</u></b>	<b><u>51</u></b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>53</u></b>

## 1 Innledning

### 1.1 Om oppgavens tema

Temaet for oppgaven er rommet for forvaltningens skjønn og mulighetene for domstolskontroll med forvaltningens skjønnsutøvelse etter naturmangfoldlovens § 9. Naturmangfoldloven (heretter nml.) har som formål å stanse tap av biologisk mangfold, bevare naturmangfoldet for øvrig og legge til rette for en bærekraftig bruk av naturen.<sup>1</sup> For å sikre bærekraftig bruk av naturen, har man i lovens andre kapittel gitt alminnelige bestemmelser for bærekraftig bruk. Kapittelet omfatter forvaltningsmål for naturtyper, økosystemer og arter, og prinsipper som ligger til grunn for bærekraftig bruk. Et av disse prinsippene er føre var-prinsippet, som er omhandlet i lovens § 9. Føre var-prinsippet i § 9, sammen med de øvrige prinsippene i §§ 7 – 12, utgjør prinsipper for offentlig beslutningstaking. Ved avgjørelsen av om inngrep skal foretas, skal disse prinsippene være en del av vurderingsgrunnlaget for avgjørelsen. I tillegg til de hensynene som skal tas etter prinsippene, skal det tas hensyn til andre samfunnsinteresser etter lovens § 14. Prinsippene skal ihht § 7 gjelde for all utøving av offentlig myndighet, uavhengig av på hvilket plan myndigheten utøves.

Lovfestingen av de miljørettslige prinsippene, ble av miljøorganisasjoner som Naturvernforbundet tatt godt imot. Anerkjennelsen av miljørettslige prinsipper i norsk lovgivning ble sett på som et viktig steg i retning av å sikre naturen og det biologiske mangfoldet for fremtidige generasjoner. I etterkant av ikrafttreddelsen har det imidlertid blitt stilt spørsmål ved om lovfestingen av prinsippene egentlig har noen betydning i praksis, og om bestemmelsene er egnet til å verne om naturen og det biologiske mangfoldet. Loven har blitt kritisert fordi den i stor grad er en fullmaktslov som overlater mye til forvaltningen og samtidig gir liten mulighet for domstolskontroll med forvaltningen. Dersom det er tilfelle fremstår lovfestingen av prinsippene mer som

---

<sup>1</sup> Lov 19. juni 2009 nr. 100 om naturens mangfold (heretter nml.) § 1, se også Backer, Inge Lorange 2010 «Naturmangfoldloven. Kommentartutgave» (heretter Backer 2010), s 1

politiske programerklæringer enn funksjonelle lovbestemmelser. Det kan stilles spørsmål ved om prinsippenes status som retningslinjer for forvaltningen egentlig har noen betydning all den tid de skal veies opp mot andre samfunnshensyn i tråd med lovens § 14. For føre var-prinsippet har særlig kostnadseffektivitet vært trukket fram som et hensyn som gjerne får gjennomslag på bekostning av føre var-prinsippet. Kostnadseffektivitet vil være et viktig samfunnshensyn som må veies opp mot hensynene i føre var-prinsippet ved vurderingen av om tiltak skal iverksettes. Det kan stilles spørsmål ved om dette er en avveining som føre var-prinsippet noen gang vil vinne dersom rommet for forvaltningens skjønnsutøvelse er vidt. For at prinsippene skal få noen betydning som retningslinjer for forvaltningen, er man avhengig av at det er mulighet for å kontrollere hvor vidt de faktisk blir lagt til grunn som retningslinjer. Dette er det forsøkt lagt opp til gjennom at forvaltningen må gjøre rede for at prinsippene er tatt til vurdering når de treffer avgjørelser. Spørsmålet er om man ikke også er avhengig av å kunne kontrollere den vurderingen som er gjort, og ikke bare om det er gjort en vurdering. I denne oppgaven skal jeg se nærmere på hvilket rom forvaltningens skjønnsutøvelse faktisk er gitt i nml § 9, og videre adgangen domstolene har til å føre domstolskontroll med forvaltningen.

## 1.2 Rettskilder

Oppgaven bygger på alminnelig rettskildelære. Det er enkelte spesielle rettskildehensyn å ta, da oppgaven drøfter et miljørettslig prinsipp som i stor grad bygger på miljøpolitiske og miljørettslige debatter. For å nærmere presisere innholdet i prinsippet må man se på hvordan det er benyttet i ulike sammenhenger og de ulike formuleringene av prinsippet, da ordlyden ofte er vag. I tillegg vil eventuelle formålserklæringer være med å belyse hva som er prinsippets innhold.

Naturmangfoldloven er forholdsvis ny, og dette gjør at det finnes lite rettspraksis å se til. For å belyse problemstillingene som reises blir det derfor viktig å se hen til generell juridisk teori og å se på i hvilken retning utviklingen i rettspraksis peker hva gjelder spørsmålet om domstolskontroll med forvaltningens skjønnsutøvelse.

### 1.3 Avgrensning

Føre var-prinsippet i nml. er et av flere prinsipper som skal gjelde som retningslinje for forvaltningens utøving av myndighet. Jeg vil ikke komme særlig inn på de øvrige prinsippene, da jeg ønsker å fokusere på hva som er det gjeldende for nml. § 9 hva gjelder forvaltningens rom for skjønnsutøvelse og mulighetene for domstolskontroll med denne. Der det er nødvendig for å belyse problemstillingen vil forholdet mellom føre var-prinsippet og øvrige prinsipper bli omtalt, men jeg vil ikke drøfte de øvrige prinsippene i seg selv da dette faller utenfor problemstillingen.

Når det gjelder omtalen av de ulike formuleringene av prinsippet, vil jeg bare gå inn på noen sentrale formuleringer for å belyse formuleringen som ble valgt i nml. § 9, og jeg vil derfor ikke gi noen fullstendig oversikt over de ulike variantene og nyanseforskjellene i de ulike formuleringene av prinsippet. Dette fordi det er formuleringen i nml. § 9 som er utgangspunktet for drøftingene i oppgaven, og de andre formuleringene er først og fremst relevante for å belyse denne.

Hensynene i føre var-prinsippet i nml. § 9 skal avveies mot andre viktige samfunnshensyn etter nml. § 14. Jeg vil i oppgaven drøfte måten denne avveiningen påvirker forvaltningens rom for skjønnsutøvelse på, men jeg vil ikke gå nærmere inn på de ulike hensynene som vil kunne falle inn under betegnelsen «andre viktige samfunnshensyn». Dette fordi jeg mener at det ikke vil kunne belyse problemstillingen i noen særlig grad. Unntaket er hensynet til kostnadseffektivitet, som vil bli behandlet som eksempel i forbindelse med mulighetene for domstolskontroll med forvaltningens hensiktsmessighetsvurderinger. Kostnadseffektivitet er trukket frem som et hensyn som ofte vinner i avveiningen mot hensynene i føre var-prinsippet, og det er tatt med i formuleringen av Rio-erklæringen prinsip 15, men ikke i nml. § 9, noe som gjør hensynet særlig interessant i forhold til problemstillingen i oppgaven.

Selv om det kan være interessant å se på om forvaltningens skjønnsutøvelse kan bli påvirket av internasjonale forpliktelser på området, har jeg valgt å ikke gå nærmere inn på dette. Jeg finner at forvaltningens forpliktelser som følger av folkeretten ikke går noe

videre enn de forpliktelser som følger av det lovfestede prinsippet i nml. § 9, og mener at en drøftelse av dette spørsmålet derfor ikke vil tilføre oppgaven noe.

## 1.4 Begrepsavklaring

Flere av begrepene som brukes i avhandlingen krever en avklaring. De begreper som kort kan defineres, blir definert fortløpende i teksten. I dette kapittelet har jeg samlet noen begreper som trenger en grundigere forklaring da de er særlig vage eller har en spesielt sentral rolle i avhandlingen.

### 1.4.1 Risiko

Hva som ligger i begrepet risiko i denne sammenhengen er vesentlig å avklare for å si noe om i hvilke tilfeller føre var-prinsippet kommer til anvendelse. Dersom man skal sette opp en formel for å finne ut hvor stor risikoen for skade er, kan denne for eksempel settes opp slik: risiko = sannsynlighet for skade x omfanget av skaden. Dette medfører at høy sannsynlighet for liten skade utgjør like stor risiko som liten sannsynlighet for stor skade. I nml. er det ikke bare spørsmål om det foreligger risiko for skade, men om det foreligger tilstrekkelig risiko. Hva dette innebærer kommer jeg tilbake til.

### 1.4.2 Rettsanvendelsesskjønn

Med rettsanvendelsesskjønn menes «skjønnsvurderinger som er knyttet til om spesifikke betingelser i en rettsregel foreligger i en konkret sak, eller om avgjørelsen er av det slaget som regelen hjemler.»<sup>2</sup> Rettsanvendelsesskjønn er det motsatte av forvaltningens frie skjønn. Eckhoff og Smith forklarer rettsanvendelsesskjønn som spørsmål som forvaltningen tar standpunkt til, og som er av skjønnsmessig karakter, men som i det enkelte tilfelle ikke er unndratt fra rettslig styring.<sup>3</sup> Det typiske er der lovgiver har brukt vage eller skjønnsmessige ord eller uttrykk i lovgivningen, enten for å definere hva forvaltningen har kompetanse til, eller for å oppstille vilkår for rettsregelen. De vage og skjønnsmessige uttrykkene må tolkes og forutsetter bruk av

---

<sup>2</sup> Gisle, Jon et al 2007 «Jusleksikon» Oslo: Kunnskapsforlaget ANS, s 270

<sup>3</sup> Eckhoff og Eivind Smith 2010 «Forvaltningsrett» Oslo: Universitetsforlaget (heretter Eckhoff 2010), s 392.



skjønn, men er likevel ikke unndratt domstolskontroll. De er dermed ikke overlatt til forvaltningens frie skjønn, men til rettsanvendelsesskjønnet som kan prøves av domstolene. Graver peker på at rettsanvendelsesskjønnet går ut på «å fastlegge en regels innhold og anvendelse på det enkelte tilfellet», og det avgjørende for denne formen for skjønnsutøvelse er de vanlige prinsipper for lovtolkning i rettskildelæren.<sup>4</sup> Videre peker Graver på at det ikke alltid er noe skarpt skille mellom de vurderingene som gjøres som en del av rettsanvendelsesskjønnet og de vurderingene som gjøres i forvaltningens øvrige skjønnsutøvelse. Han mener at man derfor må være varsom med å overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse også når det gjelder skjønnsmessige vurderinger som ligger under rettsanvendelsesskjønnet, og at man må ta hensyn til hvilke skjønnsmessige vurderinger man står over for.

#### 1.4.3 Kostnadseffektivitet

For å oppnå samfunnsøkonomisk effektivitet i miljøpolitikken må man oppnå to mål på samme tidspunkt. Kostnadseffektivitet, som er det ene målet, oppnås gjennom at de virkemidlene man benytter i miljøpolitikken er utformet slik at et hvert gitt nivå av miljøkvalitet oppnås med minst mulig kostnad for samfunnet.<sup>5</sup> I tillegg er det et mål å nå det nivået av miljøkvalitet som blir ansett som riktig ut fra en nytte-kostnadsvurdering.

## 2 Om rettslige prinsipper

Det finnes mange definisjoner og betydninger av uttrykket rettslige prinsipper. I dette kapittelet skal jeg se nærmere på hva som kjennetegner rettslige prinsipper generelt, og om det er noe som kjennetegner miljørettslige prinsipper spesielt. Jeg skal også se på hvilke rettslig betydning prinsippene er gitt og senere på hvordan dette påvirker forvaltningens skjønnsutøvelse og anledningen til domstolskontroll med denne.

---

<sup>4</sup> Graver Hans Petter 2007 «Alminnelig forvaltningsrett» (heretter Graver 2007) Oslo: Universitetsforlaget, s 260

<sup>5</sup> NOU 1995:4 «Virkemidler i miljøpolitikken», s 105.

Bugge peker på at rettslige prinsipper kjennetegnes av at de er rettslig relevante normer som kommer til uttrykk gjennom flere enkeltregler.<sup>6</sup> Prinsippene avspeiler en verdi eller et hensyn som preger et rettsområde. Det er ikke slik at prinsippene er noen absolutt regel, men heller en hovedregel, eller et utgangspunkt, som det gjøres unntak fra for eksempel når andre tungtveiende hensyn taler for det. Et eksempel som illustrerer dette er nettopp forholdet mellom prinsippene i nml. §§ 7-12 og bestemmelsen i lovens § 14 om avveining mot andre viktige samfunnshensyn. Prinsippene ligger til grunn som utgangspunkt, men skal ikke nødvendigvis gis gjennomslag dersom andre viktige samfunnshensyn veier tyngre i den aktuelle saken. Dette understreker at bestemmelsene nettopp har karakter av å være prinsipper og ikke absolutte rettsregler.

Backer trekker frem fem måter begrepet rettslig prinsipp kan forstås på, og peker på at rettslige prinsipper i forhold til enkeltavgjørelser enten kan sees på som en overordnet retningslinje for avgjørelsen, eller som et grunnkrav eller en minimumsnorm som må oppfylles.<sup>7</sup> Hvilke av de fem forståelsene som er riktig for et spesifikt rettslig prinsipp avhenger i følge Backer av hvilket grunnlag prinsippet bygger på, hvilke innhold prinsippet har, og hvordan prinsippet kommer til uttrykk. På bakgrunn av dette kan man si at betegnelsen rettslig prinsipp i seg selv sier lite om den rettslige betydningen til prinsippet. Man må derfor se nærmere på prinsippets bakgrunn, innhold og kontekst for å kunne si noe nærmere om dets rettslige betydning.

I forhold til prinsippenes saksinnhold peker Graver på at man kan forstå betegnelsen prinsipp på to ulike måter, enten som en norm med høy grad av generalitet, eller som en mer spesifikk norm som gir lovanvenderen noe frihet ved anvendelsen av prinsippet.<sup>8</sup> Hvilket saksinnhold prinsippet har vil etter dette være relevant for hvilken vekt det blir tillagt for eksempel ved forvaltningens skjønnsutøvelse. Et rettsprinsipp har gjerne normativ karakter som en retningslinje, og i motsetning til en rettsregel er det ikke slik at et prinsipp brytes dersom det ikke får gjennomslag. Dette vil selvsagt få betydning

---

<sup>6</sup> Bugge, Hans Chr. 2011 «Lærebok i miljøforvaltningsrett» (heretter Bugge 2011) s 122

<sup>7</sup> Backer, Inge Lorange 1999 «Innføring i naturressurs og miljørett» (heretter Backer 1999) s 47

<sup>8</sup> Graver, Hans Petter 2006 «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper» i Tidsskrift for rettsvitenskap 2006 s 189 (heretter Graver 2006) s 194

for hvordan prinsippet vektlegges ved utøvelse av forvaltningsskjønn og lovanvendelsen for øvrig. Særlig viktig synes den normative karakteren som retningslinje, og ikke absolutt regel, å være der formuleringen av prinsippet er svært generelt.<sup>9</sup>

Når det gjelder prinsippets grunnlag trekker Graver et skille mellom de prinsipper som har et positivrettslig grunnlag gjennom å være en sammenfatning av gjeldende enkeltregler, de prinsipper som bygger på «rettigheter gitt på generelt nivå i grunnleggende rettslige instrumenter som grunnlover eller internasjonale traktater», prinsipper som bygger på positive rettsregler og en sammenfatning av de hensyn som ligger bak disse rettsreglene, og de prinsipper som bygger på «forestillinger om hva som utgjør nødvendige eller allmenne grunnlag for en bestemt type retts- og samfunnsorden som prinsippene anses å være del av». På bakgrunn av grunnlaget kan prinsippene fungere som alt fra rent systematiserende uten noen egen vekt, til å være like bindende som lover og prejudikater. Dette understreker viktigheten av å se nærmere på det konkrete prinsippet for at man skal kunne si noe nærmere om hvilken betydning prinsippet skal tillegges.

Rettslige prinsipper har tradisjonelt ikke hatt noen viktig posisjon i norsk rettspraksis, men man har ikke vært helt ukjent med bruken av prinsipper. Høyesteretts henvisning til og bruk av rettslige prinsipper har blitt hyppigere i senere tid.<sup>10</sup> Videre har man sett en utvikling i hvilke innhold, karakter og funksjon Høyesterett gir prinsippene, og utviklingen går i en retning av at prinsippene tillegges karakter av normative retningslinjer.

I det videre skal jeg se på hva som kjennetegner miljørettslige prinsipper spesielt, og om dette får noen påvirkning på forvaltningens bruk av prinsippene i skjønnsutøvelsen.

---

<sup>9</sup> Graver 2006 s 195

<sup>10</sup> Graver 2006 s 211

## 2.1 Særlig om miljørettslige prinsipper

Innen både internasjonal og norsk miljørett har rettslige prinsipper spilt en vesentlig rolle. Etter hvert har det vokst frem en lang liste over mer eller mindre anerkjente miljørettslige prinsipper som alle forsøker å avbøte noen av de grunnleggende rettslige problemene man finner innen miljøvernet.<sup>11</sup>

Som med rettslige prinsipper for øvrig er det ikke slik at miljørettslig prinsipp er noen entydig betegnelse. Variasjonen i betydning blant de ulike miljørettslige prinsippene er stor, og enkelte av prinsippene bærer i stor grad preg av å være et miljøpolitisk prinsipp eller en miljøpolitisk retningslinje fremfor et rettslig prinsipp. Backer trekker opp et skille mellom de miljørettslige og de miljøpolitiske prinsippene, der han peker på at de miljøpolitiske prinsippene gjerne fremstår som et politisk mål eller rettesnor for fremtidig forvaltning heller enn en rettsregel.<sup>12</sup> Skillet er imidlertid ikke klart, og det kan tidvis være vanskelig å avgjøre om det er snakk om et miljørettslig eller et miljøpolitisk prinsipp. Det at et prinsipp er å anse som et miljøpolitisk prinsipp betyr heller ikke at det ikke kan ha noen rettslig betydning, da det for eksempel kan være viktig å ta med i betraktningen ved tolkningen av en bestemmelse som reelt hensyn og som moment ved forvaltningens skjønnsutøvelse.

Felles for de miljørettslige prinsippene er at de har sin bakgrunn og sitt grunnlag i den internasjonale miljørettslige og miljøpolitiske debatten. Miljørettslige prinsipper som utvikles internasjonalt blir siden trukket fram som viktige retningslinjer og prinsipper for miljøpolitikken nasjonalt, og i noen tilfeller tatt inn som en del av nasjonal lovgivning. Bugge peker på at flere av prinsippene i utgangspunktet hadde karakter av politiske slagord, og at noe av det karakteristiske med de miljørettslige prinsippene i forhold til andre rettslige prinsipper er at de nettopp er utviklet utenfor rettssystemet gjennom internasjonale miljøpolitiske debatter.<sup>13</sup> Videre er prinsippene i stadig endring, både innhold og utforming følger den internasjonale miljødebatten, noe som gjør at

---

<sup>11</sup> Bugge 2011 s 123

<sup>12</sup> Backer 1999 s 48

<sup>13</sup> Bugge, Hans Chr. 2006 «Miljørett som disiplin» i Festskrift til Carl August Fleischer, dog Fred er ej det bedste... s 77 (heretter Bugge 2006) s 93

prinsippene fremstår som dynamiske. Samtidig som de fremstår som dynamiske vil det at de stadig er i endring og ikke er entydig formulert være med på å gjøre det vanskelig å bruke de som grunnlag for konkrete rettslige avgjørelser, da de kan forutsette stor grad av skjønnsmessige vurderinger for å kunne anvendes i den enkelte sak.

Prinsippene kommer til uttrykk både i de internasjonale konvensjonene og erklæringene, men blir også nedfelt i nasjonal lovgivning på ulike måter. Noen steder utgjør de politiske programerklæringer, mens de andre steder fremstår som mer bindende rettsregler. Det at prinsippene er dynamiske og kommer til uttrykk på forskjellige måter gjør at samme prinsipp gjerne kan fremstå med ulik betydning i ulike sammenhenger, og at de til dels må forstås som forskjellige prinsipper alt etter hvilke kontekst de brukes i. Dette ser man blant annet når man ser nærmere på betydningen av føre var-prinsippet i internasjonal sammenheng kontra i norsk miljørett, noe jeg skal komme tilbake til senere i oppgaven. Prinsippenes grunnlag utenfor rettssystemet gjør at det naturlig nok er debatt om prinsippenes innhold og betydning både internasjonalt så vel som nasjonalt. Tendensen de senere årene er imidlertid at det skjer en avklaring av kjernen i prinsippenes betydning. Dette skjer gjennom presisering i lovregler og gjennom rettspraksis.<sup>14</sup> Føre var-prinsippet har for eksempel fått viktige presiseringer gjennom EF-domstolens avgjørelser, slik at det ikke lenger er like stor uenighet om hva prinsippet egentlig innebærer.

I det videre skal jeg se nærmere på hva som kjennetegner føre var-prinsippets grunnlag, innhold og karakter.

### **3 Om føre var-prinsippet**

Føre var-prinsippet adresserer et av de store problemene innen miljøretten; usikker og mangelfull kunnskap om konsekvensene av at inngrep i naturen gjennomføres. Prinsippet er slått fast i en rekke rettslig bindende konvensjoner og traktater, og er blant

---

<sup>14</sup> Ibid.

annet regulert i Rio-erklæringens prinsipp 15 og Klimakonvensjonens art. 3 nr. 3. Som allerede nevnt varierer betydningen av hva man legger i de miljørettslige prinsippene med hvilken kontekst de står i. Føre var-prinsippet har flere ulike formuleringer og betydninger. En felles kjerne i de internasjonale formuleringene av prinsippet er at det *tar sikte på å hindre at usikkerhet eller mangel på kunnskap får statene til å avstå fra å treffe miljøtiltak*.<sup>15</sup> I det videre skal jeg se nærmere på hvilken betydning føre var-prinsippet gis i internasjonal rett, og videre i nasjonal rett, før jeg ser nærmere på hvilken betydning det er gitt i nml. § 9.

### 3.1 Føre var-prinsippet i internasjonal miljørett

Internasjonalt har føre var-prinsippet preget miljødebatten i lang tid. Det har sin bakgrunn i det tyske «Vorsorgeprinzip» og bredde om seg på 1990-tallet.<sup>16</sup> Under Nordsjøkonferansen i London i 1987, ble begrepet føre var-prinsippet formulert for første gang. Begrepet slik det ble formulert under Londonkonferansen var vagt og lite forpliktende, samtidig som det stilte strenge krav til sikker kunnskap og årsakssammenheng.<sup>17</sup> Formuleringen fra den fjerde Nordsjø-konferansen (Esbjerg 1995) gir en noe mer konkret betydning og en presisering av innholdet i prinsippet, samtidig som man understreket at prinsippet i større grad skulle anvendes for å nå målsettinger i praksis gjennom konkretisering av mål. Man satte her en konkret målsetting om at prinsippet skulle medføre reduksjon av forurensningen i Nordsjøen innen en tidsperiode på 25 år.<sup>18</sup> OSPAR-konvensjonen art. 2 nr. 2 litra a har sitt grunnlag i prinsippet slik det ble formulert under Nordsjø-konferansene, men prinsippet har i artikkelen fått en noe annen betydning og formulering enn forgjengerne. Artikkelen slår fast at partene skal legge føre var-prinsippet til grunn, og presiserer nærmere hva som menes med føre var-prinsippet i denne sammenheng. Føre var-prinsippet i denne betydning slår fast at det skal settes i verk forebyggende tiltak ved fare for skadefølger som er nærmere oppramset i artikkelen. Det kreves ikke at det foreligger avgjørende bevis på årsakssammenheng mellom handling og konsekvens for

---

<sup>15</sup> Backer 2010, s 97

<sup>16</sup> De Sadeleer, Nicolas 2002 «Environmental Principles» (heretter De Sadeleer 2002) Oxford University Press, s 92

<sup>17</sup> De Sadeleer 2002 s 94 note 5

<sup>18</sup> De Sadeleer 2002 s 94 note 7

at forebyggende tiltak skal iverksettes. Selv om grensen for hvor stor risiko som kreves for at tiltak skal iverksettes ikke er nærmere beskrevet i bestemmelsen, kan man vanskelig slutte fra ordlyden at en hvilken som helst risiko vil være omfattet. For at tiltak skal settes i verk kreves det «... reasonable grounds for concern...»<sup>19</sup>, noe som tilsier at de fjerntliggende skadene ikke er omfattet.

Den formuleringen som kanskje har hatt størst påvirkning i internasjonal miljørett er formuleringen i Rio-erklæringens prinsipp 15.

*“In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”*

I bestemmelsen bruker man uttrykket «precautionary approach» istedenfor «precautinary principle». I internasjonal sammenheng brukes gjerne dette noe vagere tilnærmingsuttrykket istedenfor prinsipp, da det av enkelte stater blir oppfattet som en mindre forpliktende betegnelse.<sup>20</sup> Formuleringen gir, i likhet med formuleringen i OSPAR, ikke noe nærmere svar på hvor stor sannsynlighet for skade som kreves for at tiltak skal kreves iverksatt. Det er imidlertid klart at noen absolutt vitenskapelig sikkerhet ikke kan kreves. Samtidig taler formuleringen for at føre var-prinsippet er forbeholdt situasjoner der det er fare for alvorlig miljøskade, og at det ikke kan brukes som noe generelt berettiget grunnlag for forebyggende tiltak uten hensyn til andre viktige samfunnshensyn.<sup>21</sup> Hvor stor sannsynlighet som kreves blir etter dette nødvendig å vurdere i det enkelte tilfelle, og må sees i forhold til hvilket omfang av skade som kan forventes.

I Rio-erklæringen prinsipp 15 er hensynet til kostnadseffektivitet tatt inn som en del av selve prinsippet. Her skiller innholdet i prinsippet seg på et vesentlig punkt fra den

---

<sup>19</sup> OSPAR-konvensjonen artikkel 2 nr. 2 litra a.

<sup>20</sup> Bugge 2011 s 84

<sup>21</sup> Backer 1999 s 61

formuleringen som senere er valgt i nml. § 9. Det er i forhold til de kostnadseffektive tiltakene for å hindre skade på naturen og miljøet vitenskapelig usikkerhet ikke kan brukes som begrunnelse mot iverksettelse, ikke i forhold til hvilke som helst tiltak. Kravet i prinsippets andre punktum om at tiltakene skal kvalifisere som kostnadseffektive, gir prinsippet en snevrere gjennomslagskraft. Det medfører at kostnadseffektiviteten spiller en større rolle og blir et viktigere hensyn, og man kan godt si at det er med på å svekke rollen til naturen og miljøet. Ser man det i forhold til nml. § 9, er det imidlertid klart at kostnadseffektiviteten også her spiller en rolle gjennom at hensynene i bestemmelsen skal avveies mot andre viktige samfunnshensyn, men bestemmelsen i nml. § 9 stiller ikke noe krav i seg selv om at tiltak skal kvalifisere som kostnadseffektive. Dette gjør at forvaltningen vil kunne komme til at føre var-prinsippet må få gjennomslag også i tilfeller der tiltakene ikke er å regne som kostnadseffektive dersom man etter en samlet vurdering i det enkelte tilfellet kommer til at dette vil være hensiktsmessig. Her ser man med andre ord at nml. § 9 er blitt gitt en formulering som gir et videre føre var-prinsipp enn i Rio-erklæringens prinsipp 15.

Selv om det er nyanseforskjeller i de ulike formuleringene av prinsippene internasjonalt, kan det være vanskelig å argumentere for at forskjellene utgjør noen faktisk forskjell i prinsippets innhold. Det man i alle fall kan slå fast er at prinsippet har en felles kjerne, samtidig som det er dynamisk og endres i tråd med den internasjonale miljødebatten, noe som også er en sentral del av det som gjør føre var-prinsippet til et miljørettslig prinsipp. Føre var-prinsippet må etter dette regnes som et rettslig prinsipp og ikke bare et miljøpolitisk prinsipp. Skal man oppsummere innholdet i føre var-prinsippet i internasjonal sammenheng tar prinsippet sikte på å sikre at tiltak blir gjort på tross av usikker eller manglende kunnskap.<sup>22</sup> Dets lange historie og at det har blitt et prinsipp som er allment påberopt, gjør at prinsippet har et solid grunnlag i internasjonal miljørett.

---

<sup>22</sup> Backer 2010 s 97



### 3.2 Føre var-prinsippet i norsk miljørett

Bugge peker på at føre var-prinsippet har vært en grunnstein i norsk miljøpolitikk også før det ble formulert som et miljørettslig prinsipp,<sup>23</sup> om enn da bare som en tilnærming. Miljølovgivning som ble vedtatt på 70- og 80-tallet bygde på en tanke om forebygging, noe som må kunne sies å være forløperen til føre var-tilnærmingen og senere prinsippet. I etterkant av vedtakelsen av Rio-erklæringen art. 15 kom regjeringen med en uttalelse i St.mld. nr. 58(1996-1997) som slo fast at norsk miljøpolitikk skulle bygge på to hovedprinsipper, der et av dem var føre var-prinsippet. Føre var-prinsippet innebærer i denne sammenheng «...at dersom det er fare for alvorlig eller uomstøtelig skade, skal ikke mangel på full vitenskapelig sikkerhet bli brukt som grunn til å gjennomføre et naturinngrep eller utsette miljøvernpolitiske tiltak. Mulige skadevirkninger må tillegges betydelig vekt når mål fastsettes.»<sup>24</sup> I likhet med formuleringen i Rio-erklæringen omfatter etter dette føre var-prinsippet bare de alvorligere skadefølgene. Ut over dette presiseres ikke innholdet i prinsippet i særlig grad av denne formuleringen, og den gir heller ikke noen god indikasjon om hvor stor risiko som må foreligge for at føre var-prinsippet skal gjelde.

I tillegg til at føre var-prinsippet tar sikte på å sikre tiltak selv om man mangler eller har usikker kunnskap, ser man nasjonalt at prinsippet også har en side som sikrer at tiltak som tjener andre hensyn, men som kan medføre skade på miljø og natur, ikke blir vedtatt. Føre var-prinsippet har med andre ord to sider, det krever aktive tiltak mot potensiell, men usikker, alvorlig skade på miljøet, og det hindrer igangsetting av ny virksomhet som det er risiko for at kan påføre alvorlig skade. Bugge betegner dette som prinsippets offensive og defensive side.<sup>25</sup>

Prinsippet ble i norsk rett første gang eksplisitt lovfestet i Svalbardmiljøloven § 7. Her kom man til at prinsippet skulle favne bredere enn det som var vanlig i internasjonal sammenheng, grunnet Svalbards særlig sårbare natur. «... på bakgrunn av miljømålene

---

<sup>23</sup> Bugge, Hans Chr. 2007 «Norway» i «Implementing the precautionary principle. Approaches from the Nordic countries, EU and USA» red. Nicolas de Sadeleer (heretter Bugge 2007) s 104

<sup>24</sup> St.mld. nr. 58 (1996-1997) «Miljøvernpolitikk for en berekraftig utvikling. Dugnad for framtida» s 13

<sup>25</sup> Bugge 2011 s 132

*og villmarkskarakteren på Svalbard er utformingen av føre vår-prinsippet i § 7 gjort mer generell enn det er utpenslet i internasjonale konvensjoner.»<sup>26</sup>*

### 3.2.1 Om forholdet mellom Grunnlovens § 110 b og føre var-prinsippet

Grunnlovens § 110 b har som formål å sikre retten til et godt miljø for alle, samt å verne om viktige allmenne samfunnsinteresser som vedrører natur og miljø.<sup>27</sup> I følge bestemmelsen har man en materiell rett til godt miljø, samtidig som man har en prosessuell rett til miljø jmf. bestemmelsens andre ledd.

Grunnlovens § 110 b har sin bakgrunn i en politisk debatt over lengre tid, der flere ønsket å inkludere en bestemmelse om retten til miljø i Grunnloven. Man var imidlertid uenige om hvilken form man skulle gi bestemmelsen. Grunnlovsbestemmelser som har nær tilknytning til den politiske debatten vil gjerne komme til uttrykk på ulike måter, alt etter hvilken rettslig betydning lovgiver har ment at bestemmelsen skal ha. På den ene siden kan det tenkes å være ment som en ren programerklæring, på den andre siden kan det være ment som en regel som gir borgerne krav på visse rettigheter og som kan tas inn for behandling hos domstolene. I forhold til grl. § 110 b ønsket man en mellomløsning. Man ønsket at det skulle være noe mer enn bare en politisk programerklæring, men samtidig ønsket man ikke en bestemmelse som gav borgerne bestemte krav om rettigheter som kunne tas inn for domstolene.<sup>28</sup> Ei heller skulle den gripe for hardt inn i vedtak og avgjørelser som lovgiver, domstolene og forvaltningen traff.<sup>29</sup> Løsningen for å sikre at det ble noe mer enn en politisk programerklæring uten å gå for vidt, ble bestemmelsens tredje ledd som gir myndighetene fullmakt til å nærmere definere borgernes rettigheter og plikter etter bestemmelsen. I innstillingen til Stortinget ble det foreslått at bestemmelsen skulle forstås som en grunnlovsfestet retningslinje for Stortinget som lovgivende myndighet, et viktig moment ved lovtolkningen, en

---

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 38 (2000 – 2001) «Om lov om miljøvern på Svalbard (Svalbardmiljøloven)» kap 19 «Merknader til de enkelte paragrafer»

<sup>27</sup> Bugge 2011, s 138

<sup>28</sup> Bugge 2011, s 140

<sup>29</sup> Fauchald, Ole Christian 2007 «Forfatning og miljøvern – en analyse av Grunnlovens § 110 b» publisert i Tidsskrift for Rettsvitenskap nr 01-02/2007 (heretter Fauchald 2007) s 6

retningsgivende begrensning på forvaltningens skjønnsutøvelse, og grunnlaget i de sakene om miljøproblemer som lovgiver ennå ikke har tatt stilling til.<sup>30</sup>

Hvilken betydning har så grunnloven § 110 b i praksis? Bestemmelsen vil kunne få betydning både for lovtolkningen og for forvaltningens skjønnsutøvelse i enkeltsaker. Som tolkningsmoment ved lovtolkningen vil bestemmelsen være et argument som trekker avgjørelsen i retning av det alternativet som i størst grad tilgodeser miljøhensyn, noe som er illustrert av Høyesterett i Rt. 1993 s. 528 og Rt. 1995 s. 1939. Er det direkte motstrid mellom bestemmelsen og annen lov, vil bestemmelsen i tråd med sin status som *lex superior* måtte få gjennomslag. Når det kommer til betydningen for forvaltningens skjønnsutøvelse, følger det av bestemmelsens tredje ledd at miljøhensyn må vurderes opp imot andre hensyn. Dette gjør at bestemmelsen ikke kan sies å være grunnlag for å si at skjønnsutøvelsen er rettsstridig dersom miljøhensyn ikke får gjennomslag. Samtidig må det forventes at miljøhensyn faktisk er tatt til vurdering, og Bugge peker på at *«treffes et vedtak med store miljøkonsekvenser uten at disse er grundig vurdert, må det være mulig å anføre § 110 b som grunnlag for å kjenne det ugyldig på grunn av svakheter ved utøvelsen av skjønnnet.»*<sup>31</sup>

Det er omdiskutert hvor vidt man kan si at føre var-prinsippet er en del av grunnlovens § 110 b. Føre var-prinsippet er ikke eksplisitt tatt med i ordlyden i bestemmelsen. Bestemmelsen rommer flere hensyn som er i tråd med føre var-prinsippet, blant annet ansvaret overfor framtidige generasjoner og formålet om å forebygge eventuelle miljøskader. Bestemmelsen sier imidlertid ikke noe om hovedforutsetningen for at føre var-prinsippet skal komme til anvendelse, nemlig den vitenskapelige usikkerheten. Fauchald peker på at *«Det kan [...] argumenteres med at bestemmelsen forutsetter at informasjon om virkningene av planlagte inngrep i naturen skal foreligge før tiltak iverksettes, i og med at borgerne gis en rett til tilgang til informasjon om slike virkninger.»*<sup>32</sup> Tolkningen får støtte i uttalelser fra Frostating lagmannsrett i dom av 26.02.98 om erstatning for redusert fiske av røye som konsekvens av utsetting av mysis

---

<sup>30</sup> Innst.S. nr. 163 (1991-1992) s. 6

<sup>31</sup> Bugge 2011, s 143.

<sup>32</sup> Fauchald 2007, s 8

relicta i Selbusjøen. Dommen ble senere anket, men Høyesterett kommenterte ikke lagmannsrettens henvisning til Grunnlovens § 110 b i forbindelse med brudd på føre var-prinsippet. Dette kan tilsi at føre var-prinsippet er en del av bestemmelsen, men bestemmelsen egner seg i liten grad til å si noe om presiseringen av prinsippet i norsk rett generelt, og det er også vanskelig å si at bestemmelsen på noen måte kan være klargjørende for prinsippets innhold i nml. § 9. I beste fall vil grl. § 110 b kunne være med på å understreke at føre var-prinsippet er et pliktig hensyn å ta for forvaltningen i avgjørelser som kan få miljøkonsekvenser.

Føre var-prinsippet i nml. § 9 gjelder kun for de situasjonene hvor man står overfor manglende eller usikker kunnskap. I de tilfellene hvor man har kunnskap og kunnskapen er sikker nok, vil man måtte gjøre en reell vurdering av fordeler og skadevirkninger av tiltaket. I denne sammenheng vil grl. § 110 kunne påvirke forvaltningens skjønnsutøvelse, da en reell vurdering vil måtte skje i lys av blant annet de formålene som følger av bestemmelsen.<sup>33</sup>

Hvor vidt det at føre var-prinsippet kan sies å være en del av grl. § 110 b påvirker den vekten føre var-prinsippet skal tillegges ved forvaltningens skjønnsutøvelse er vanskelig å slå fast. Føre var-prinsippet er ikke direkte tatt med i ordlyden, og dersom man mener at det er slått fast som prinsipp i bestemmelsen, må dette i så tilfelle følge av en tolkning av blant annet ordlyd og formål, slik at prinsippet blir innfortolket i bestemmelsen. Det er ingen motstrid mellom bestemmelsen og føre var-prinsippet, og de deler i stor grad formål. Det er i alle fall vanskelig å se at grl. § 110 b kan svekke prinsippets vekt. Å si at prinsippet på bakgrunn av denne grunnlovsbestemmelsen skal tillegges noen særlig vekt i forhold til andre prinsipper og hensyn i norsk rett vil imidlertid etter min mening være å trekke en slik innfortolkning for vidt. Det kan imidlertid være slik at prinsippet bør tillegges særlig vekt av andre grunner, noe jeg vil komme tilbake til i senere drøfting.

---

<sup>33</sup> Backer 2010, s 98

### 3.3 Forholdet mellom Naturmangfoldloven §§ 7 og 9

Nml. §§ 7 og 9 må sees i sammenheng. For å kunne si noe om innholdet i og følgene av nml. § 9, må man også se nærmere på bestemmelsen i § 7 og forholdet mellom denne om § 9. Dette forholdet påvirker også forvaltningens rom for skjønnsutøvelse etter nml. § 9.

Bestemmelsene er bundet sammen ved at § 7 slår fast virkeområde og rettsvirkning for prinsippene i §§ 8 til 12. Bestemmelsen avgrenser virkeområdet til prinsippene til å bare gjelde offentlig beslutningstaking. I dette tilfelle er det klart at offentlig beslutningstaking gjelder alle de beslutninger som faller inn under forvaltningsloven § 2 (1) litra a, i tillegg til alle tilfeller av tilskudd av penger og ved det offentliges forvaltning av fast eiendom.<sup>34</sup>

I bestemmelsens første ledd slår man fast at prinsippene skal legges til grunn av forvaltningen som retningslinjer ved utøving av offentlig myndighet.<sup>35</sup> Dette åpner for at forvaltningen har rom for skjønnsutøvelse, da det at det er å anse som retningslinjer innebærer at det ikke er bestemmende for hvilke avgjørelser forvaltningen fatter i de enkelte saker. Forvaltningen er imidlertid pliktig å faktisk ta hensyn til og anvende prinsippene i sine vurderinger i enkeltsakene. Selv om det er slik at prinsippene ikke blir bestemmende for resultatet i enkeltsaker, er det presisert i proposisjonen at den samlede forvaltningen av naturmangfoldet må være i tråd med de retningslinjene prinsippene utgjør.<sup>36</sup> For å komme frem til hvilken konkret betydning prinsippene skal ha i den enkelte sak, må man foreta en alminnelig lovtolkning i forbindelse med den enkelte sak. På denne måten får prinsippene en særlig viktig påvirkning på skjønnsutøvelsen<sup>37</sup>, og er dermed med på å sette rammer for skjønnsutøvelsen i den enkelte sak. Prinsippene skal legges til grunn ved all utøving av offentlig myndighet, og er ikke begrenset til utøving av offentlig myndighet på naturmangfoldlovens område. Prinsippene i nml. §§ 8-12 er sektorovergripende og skal derfor legges til grunn som

---

<sup>34</sup> Backer 2010, s 83.

<sup>35</sup> Nml. § 7 første ledd.

<sup>36</sup> Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s 378

<sup>37</sup> Backer 2010, s 85.

retningslinjer også ved utøving av offentlig myndighet etter annen lovgivning enn nml. Dette setter en ytterligere begrensning for forvaltningens skjønnsutøvelse, fordi prinsippene må legges til grunn som retningslinje også utenfor lovens saklige virkeområde.

For å sikre at prinsippene blir lagt til grunn som retningslinje er det i bestemmelsens andre punktum oppstilt krav om at det skal fremkomme av beslutningen hvordan vurderingen opp imot prinsippene ihht første punktum har foregått. Dette kommer som et særlig tillegg til forvaltningslovens krav om begrunnelse ved enkeltvedtak og krav om begrunnelsens innhold,<sup>38</sup> og får også betydning for mulighetene for domstolskontroll med forvaltningens avgjørelser, noe jeg kommer tilbake til i kapittel 5. Kravet om begrunnelse gjelder også i de tilfeller der begrunnelse ikke ville være påkrevd etter alminnelige forvaltningsrettslige regler.<sup>39</sup> Begrunnelsesplikten er svært viktig som et virkemiddel for å sikre at den helhetlige forvaltningen av naturmangfoldet er i tråd med de retningslinjene som prinsippene i nml. §§ 8-12 utgjør.

### 3.4 Føre var-prinsippet i Naturmangfoldloven § 9

*«Når det treffes en beslutning uten at det foreligger tilstrekkelig kunnskap om hvilke virkninger den kan ha for naturmiljøet, skal det tas sikte på å unngå mulig vesentlig skade på naturmangfoldet. Foreligger en risiko for alvorlig eller irreversibel skade på naturmangfoldet, skal ikke mangel på kunnskap brukes som begrunnelse for å utsette eller unnlate å treffe forvaltningstiltak.»<sup>40</sup>*

Nml. § 9 er som nevnt en sektorovergripende bestemmelse, og i tråd med bestemmelsen i nml. § 7 gjelder den for all offentlig myndighetsutøvelse som kan påvirke naturmiljøet. Bestemmelsen skal legges til grunn av alle myndigheter på alle områder,

<sup>38</sup> Lov av 10.02.1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (heretter Forvaltningsloven) §§ 24 (1) og 25.

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) «Om lov om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven)» (heretter Ot.prp. nr. 52) s 378

<sup>40</sup> Nml. § 9

**Comment ["1"]:** Her kommer en redegjørelse for hva nml § 9 innebærer. Det skal sammenlignes med føre var-prinsippet i andre bestemmelser som er gjennomgått tidligere i oppgaven.

så lenge utøving av myndighet potensielt kan påvirke naturen og miljøet på noen måte. Førre var-prinsippet i nml. § 9 er en retningslinje for hvordan forvaltningen skal behandle de sakene der det er tvil om hvilke konsekvenser en beslutning vil få for naturmangfoldet. Usikkerheten omkring konsekvensene kan gjelde hvilke naturverdier som vil bli berørt av beslutningen, eller hvilken effekt beslutningen vil ha på naturmangfoldet.<sup>41</sup>

Bestemmelsen gir en formulering av førre var-prinsippet som er forholdsvis nær opp til de tidligere nevnte formuleringene i for eksempel Rio-erklæringen prinsipp 15, med noen forskjeller som jeg vil komme tilbake til senere i drøftingen. Førre var-prinsippet slik det er formulert i nml. § 9 har flere sider. I første punktum slår man fast at man ved beslutninger som bygger på usikker kunnskap skal tilstrebe å unngå vesentlig skade på naturmangfoldet. Første punktum har spesielt betydning der beslutningen primært treffes for å ivareta andre formål enn naturmangfoldet.<sup>42</sup> Det kan være i spørsmål om byggetillatelse etter Plan- og bygningsloven eller i spørsmål om kraftutbygging, der beslutningene er viktige for naturmangfoldet, men ivaretagelsen av naturmangfoldet ikke er det primære formål. I disse tilfellene fungerer førre var-prinsippet som en sikkerhetsmargin for å hindre at man treffer beslutninger som medfører skade på naturen og naturmangfoldet. Sikkerhetsmarginen gjelder for å unngå vesentlig skade, og vesentlig skal i denne sammenhengen forstås i tråd med den noe strengere formuleringen alvorlig eller irreversibel skade i bestemmelsens annet punktum.<sup>43</sup> Hva som nærmere utgjør vesentlig skade avhenger av en samlet vurdering i det enkelte tilfellet, der skadens alvorlighet, hvor varig skaden er og om det er sårbare eller truede arter innblandet er viktige vurderingsfaktorer. Vurderingen som gjøres her må gjøres både kvantitativt og kvalitativt. Den nærmere drøftelsen av hva som ligger i begrepet vesentlig vil jeg komme tilbake til i kapittelet om forvaltningens rom for skjønnsutøvelse etter bestemmelsen.

---

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s 381

<sup>42</sup> Backer 2010, s 97

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s. 103.

I andre punktum kommer relasjonen til Rio-erklæringens art. 15 tydelig frem, da formuleringen her er svært lik. Her ser vi den andre siden av føre var-prinsippet, som tar sikte på å hindre at usikker eller manglende kunnskap brukes som argument for å ikke iverksette tiltak som reduserer risikoen for skade på naturmangfoldet. I dette ligger en handleplikt. Handleplikten som følger av føre var-prinsippet slik det er formulert i nml. § 9 kan være enten en aktiv handleplikt som pålegger forvaltningen å for eksempel igangsette vernetiltak, eller det kan være en mer passiv handleplikt som for eksempel å gi avslag på søknad om tiltak eller å knytte vilkår til tillatelsen til tiltak.<sup>44</sup>

Skadene det er snakk om i bestemmelsens andre punktum må være å anse som alvorlige eller irreversible. Lovgivers presisering av hva som regnes som alvorlig og irreversibel, samt den øvrige drøftelsen av begrepet kommer jeg tilbake til under drøftingen av forvaltningens rom for skjønnsutøvelse etter bestemmelsen. Hva som ligger i begrepet risiko er ofte diskutert. I denne sammenhengen er det i forarbeidene slått fast at begrepet brukes i en snever betydning. Det må foreligge en viss sannsynlighet, en reell mulighet for skade. Samtidig er det ikke noe krav om at det er sannsynlighetsovervekt for skade.<sup>45</sup>

Selv om formuleringen i andre punktum er svært lik, skiller den seg imidlertid på et viktig punkt fra formuleringen i Rio-erklæringens prinsipp 15 ved at kostnadseffektivitet ikke er tatt med i formuleringen i nml. § 9. Dette gjør som tidligere nevnt, at man i nml. § 9 ikke stiller noe krav om at de tiltakene som skal iverksettes skal være kostnadseffektive. Det at det ikke følger av formuleringen at det stilles krav om at tiltakene skal være kostnadseffektive betyr imidlertid ikke at kostnadseffektivitet ikke er et relevant hensyn i avveiningen forvaltningen må gjøre i forbindelse med sine avgjørelser, noe jeg vil komme tilbake til senere i drøftelsen.

Det følger av nml. § 7 at føre var-prinsippet ikke gjelder direkte for private, men private kan bli påvirket av prinsippet da forvaltningen er pliktig å ta det med i vurderingen i enkeltsaker som berører private.

---

<sup>44</sup> Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s 381

<sup>45</sup> Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s 381.



## 4 Rommet for forvaltningens skjønnsutøvelse etter nml § 9

Naturmangfoldloven er regnet som en fullmaktslov, og flere bestemmelser legger opp til at forvaltningen skal treffe avgjørelser på grunnlag av skjønn. At forvaltningen skal bruke skjønn, betyr at de skal treffe beslutninger i enkeltsaker på bakgrunn av en vurdering av saken, og hvilken beslutning man da ender på er ikke forhåndsbestemt av regler fastsatt av lovgiver.<sup>46</sup> Graver peker på at det er to grunnleggende problemstillinger i forbindelse med forvaltningens skjønn; hvor stort rom forvaltningen har for skjønnsutøvelse, og i hvilken grad skjønnsutøvelsen kan overprøves. I dette kapittelet vil rommet for skjønnsutøvelse behandles, mens domstolskontrollen med forvaltningen vil behandles i neste kapittel.

### 4.1 Om forvaltningens skjønnsutøvelse

Hvor stort rom forvaltningen har til skjønnsutøvelse, avhenger av flere faktorer. For det første er det opp til lovgiver å fastslå gjennom formulering og utforming av lovbestemmelser. En mer konkret og presis lovbestemmelse gir mindre rom for skjønnsutøvelse enn en lovbestemmelse som er mer generelt og vagt formulert. Lovgiver stiller imidlertid ikke helt fritt i sin formulering og utforming av lovbestemmelsene. Legalitetsprinsippet stiller krav til konkretisering av lovreglene. Det må være mulig å innrette seg etter regelen, og dette gjør igjen at lovgiver ikke kan gi forvaltningen for stort rom til skjønnsutøvelsen.<sup>47</sup> Samtidig er legalitetsprinsippet med på å sette en egen grense for forvaltningens skjønnsutøvelse, fordi de ikke kan gå utenfor det som er mulig å innrette seg etter på bakgrunn av lovbestemmelsens ordlyd. De kan med andre ord ikke komme til et fjerntliggende og upåregnelig resultat som ikke kan sies å ha sitt grunnlag i den aktuelle lovbestemmelsen.

Forvaltningens skjønnsutøvelse blir videre begrenset av en rekke regler som stiller krav til forvaltningens saksbehandling. Reglene som stiller krav til en forsvarlig saksbehandling, nøytralitet, habilitet, saklighet og forholdsmessighet er kanskje spesielt viktige når lovgiver overlater til forvaltningen å bruke forvaltningsskjønnet for å treffe

---

<sup>46</sup> Graver 2007, s 253

<sup>47</sup> Graver 2007, s 254.

avgjørelser i enkeltsaker «fordi avgjørelsen da jo ikke kan kontrolleres direkte opp mot loven.»<sup>48</sup>

Skjønnsutøvelsen kan også bli påvirket av selve ordlyden i kompetansebestemmelsen. Vi snakker i hovedsak om to typer av kompetanse som gis til forvaltningen. Det er strengt lovbunden kompetanse og diskresjonær kompetanse. Strengt lovbunden kompetanse kjennetegnes gjerne ved at forvaltningen har plikt til å bruke kompetansen i tillegg til at det er knyttet en plikt til hvilket innhold avgjørelsen til forvaltningen skal ha.<sup>49</sup> Er vilkårene oppfylt ved strengt lovbunden kompetanse, følger det av bestemmelsen hva rettsfølgene blir, og forvaltningen har i dette tilfelle ikke noen valgmulighet hva rettsfølgene gjelder. Ved diskresjonær kompetanse er det på sin side mer eller mindre frihet for forvaltningen til å treffe avgjørelser. Forvaltningen står her friere til å ta inn de hensyn som forvaltningen mener er relevante for avgjørelsen, og i en del tilfeller står de også fritt i forhold til om de ønsker å benytte seg av kompetansen eller ikke. For å slå fast hvilken form for kompetanse forvaltningen er gitt, må det foretas en tolkning av kompetansebestemmelsen, da det kan være vanskelig å avgjøre om det er snakk om en diskresjonær eller en lovbunden kompetanse bare basert på ordlyden. Det kan også tenkes at forvaltningen er gitt lovbunden kompetanse hva gjelder å gjøre en vurdering, altså at vurderingen er pliktig, mens de er gitt diskresjonær kompetanse hva innholdet i vurderingen gjelder. Det er ved den diskresjonære kompetansen man kan snakke om at forvaltningen er gitt rom til skjønnsutøvelse. Rommet kan imidlertid være større eller mindre, og dette påvirkes av flere faktorer. I det kommende skal jeg se på hvilke faktorer som påvirker forvaltningens skjønnsutøvelse etter nml. § 9.

---

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Tvedt, Morten Walløe, Roar Berge og Sindre Gjertsen Marqvardsen 2005 «Hvordan forstå materiell forvaltningsrett – en oversikt over det viktige og vanskelige i forvaltningsretten» Oslo: Cappelen Akademisk Forlag (heretter Tvedt 2005), s 60

#### 4.2 Om forvaltningsskjønnet etter nml. § 9

For å kunne si noe nærmere om hva som er overlatt til forvaltningen å skjønne over, skal jeg først se nærmere på hvilken type bestemmelse nml. § 9 er.

**Comment ["2"]:** Her kommer en klargjøring av hvilke områder det er forvaltningen skal skjønne over etter § 9, et viktig punkt her blir risiko, et annet blir hva som skal til for at man regner noe som alvorlig skade. Hvor mye er fastlagt av lovgiver, hva står igjen overfor forvaltningen.

Forvaltningens skjønnsutøvelse blir påvirket av bestemmelsen i nml. § 9 fordi den er pliktig hensyn og skal legges til grunn som en retningslinje når forvaltningen gjør sin vurdering i forbindelse med enkeltavgjørelser. Forvaltningen må etter bestemmelsen ikke bare ta de hensynene som følger av bestemmelsen med i sin vurdering, de må legge vekt på usikkerheten der man mangler sikker kunnskap om konsekvensene for miljøet av et tiltak, og det må gjøres på en slik måte at man søker å unngå at vesentlig skade blir gjort. I prp. er det nærmere omtalt hvordan det enkelte prinsipp i lovens kap. II skal brukes av forvaltningen. «*Den konkrete anvendelsen av et prinsipp vil bero på en helhetsvurdering hvor prinsippet anvendes i lys av den aktuelle lovens rammer og formål. Prinsippene vil i så fall være med på å angi hva som er saklige hensyn å ta ved avgjørelsen.*»<sup>50</sup> Bestemmelsen er med på å sette rammer for forvaltningens skjønnsutøvelse i forbindelse med beslutninger etter andre bestemmelser i nml., men også etter andre lover, jfr. nml § 7. Forvaltningen gis pliktig kompetanse til å legge prinsippene til grunn som retningslinje, men gis en diskresjonær kompetanse hva gjelder innholdet og delvis også avveiningen av de forskjellige hensynene som tas ved en avgjørelse. Denne kombinasjonen av både lovbunden kompetanse og diskresjonær kompetanse gjør at det er vanskelig å konkludere med hva som er overlatt til forvaltningens frie skjønn bare på bakgrunn av bestemmelsens karakter. Man må derfor se nærmere på andre faktorer som kan belyse spørsmålet.

Ordlyden og innholdet i selve bestemmelsen spiller her en vesentlig rolle. Hva er klarlagt av lovgiver, og hva overlates til forvaltningens skjønn?

Formuleringen av nml. § 9 overlater i seg selv mye til forvaltningens skjønnsutøvelse, og dette var også noe av det som ble trukket fra som negativt da lovforslaget var ute på høring.<sup>51</sup> I bestemmelsen er det flere begreper som er vage og dermed åpne for tolkning, noe som gir forvaltningen rom for å bruke skjønn. Hvilken type skjønn det er snakk om,

<sup>50</sup> Ot.prp nr. 52, s 102

<sup>51</sup> Ot.prp nr. 52 s 99

om det er fritt skjønn eller rettsanvendelsesskjønn, vil jeg komme tilbake til under drøftingen av domstolenes anledning til å prøve forvaltningenes skjønnsutøvelse i kap. 5.4.2.

I bestemmelsens første punktum kan vurderingen av hva som regnes som vesentlig skade trekkes frem som en vurdering med skjønnsmessig karakter. Før man kan gå inn på vurderingen av hva som ligger i kvalifiseringen «vesentlig» må det drøftes om man står overfor en «skade», og denne drøftelsen kan ofte være vanskelig nok i seg selv. Lovgiver har ikke presisert hva som menes med skade i nml. § 9, man har i forarbeidene bare kommentert hvorfor man har valgt å la føre var-prinsippet gjelde kun for det som kvalifiserer som vesentlig skade og hva som ligger i denne kvalifiseringen. Det må antas at man med skade ikke mener en hvilken som helst negativ påvirkning på naturmiljøet, da begrepet må sees i sammenheng med målet om å legge til rette for bærekraftig bruk av naturen, noe som forutsetter at en viss negativ påvirkning på miljøet må tåles. Skade må etter dette være en negativ påvirkning av miljøet av en viss grad, og for at føre var-prinsippet skal gjelde må den negative påvirkningen være større etter nml. § 9 fordi bestemmelsen bare omhandler skade som kvalifiserer som «vesentlig». Vurderingen av hva som utgjør skade synes etter dette å være overlatt til forvaltningen.

Formuleringen «vesentlig» innebærer et krav om kvalifisering av skadefølgen og det ble stilt spørsmål ved den da det ble foreslått, blant annet fordi Svalbardmiljøloven ikke hadde noen tilsvarende krav til at skaden skulle være å regne som «vesentlig». Man forklarte dette i proposisjonen med at Svalbardmiljøloven hadde som formål å bevare et særlig sårbart naturmiljø på Svalbard, mens naturmangfoldloven var å regne som en mer generell lov. Ser man på nml. i sin helhet, er fokuset i større grad på bærekraftig bruk enn på vern, noe som blant annet et slikt krav om kvalifisert skade er med på å illustrere. Ikke en hver potensiell skade skal være nok til å hindre bruk, så lenge bruken er bærekraftig. Formuleringen vesentlig i bestemmelsens første punktum skal som tidligere nevnt tolkes i tråd med alvorlig og irreversibel skade i bestemmelsens andre punktum. Proposisjonen gir følgende presisering av hva som ligger i formuleringen «alvorlig og irreversibel skade»: *«Ordet «alvorlig» må tolkes slik at en skade som*

*påføres truet natur, raskere vil bli betegnet som alvorlig enn den samme skaden på annen natur. I tillegg kan en skade på natur som er truet fra før fort være irreversibel. Hva som er «alvorlig eller irreversibel» skade på naturmangfoldet må også leses i lys av de bevaringsmålene som er stilt opp i §§ 4 og 5: Er det tale om en skade som ikke i særlig grad påvirker muligheten til å nå disse målene, vil det neppe være tale om en alvorlig eller irreversibel skade i lovens for-stand.»<sup>52</sup>* Vurderingen av om en skade kvalifiserer som vesentlig må altså sees i sammenheng med sårbarheten til den aktuelle naturen, om skaden er varig og hvor vidt skaden vanskeliggjør å nå de oppstilte bevaringsmål. Selv om dette til en viss grad avklarer hva som ligger i begrepet vesentlig, og derfor er med på å begrense rommet for forvaltningens skjønnsutøvelse, er det fremdeles ikke helt klargjort hva som ligger i begrepet. Det er fremdeles et skjønnsspørsmål om den aktuelle potensielle skaden tilfredsstiller vilkårene for å bli beregnet som alvorlig og irreversibel. Å presisere nærmere hvor denne grensen mellom vesentlig og ikke-vesentlig ligger blir fremdeles etter dette opp til forvaltningen å gjøre, og dette er ikke nødvendigvis noen enkel oppgave. Det må gjøres en helhetsvurdering i forbindelse med den enkelte avgjørelse.

Føre var-prinsippet skal nettopp avhjelpe de situasjoner der man står overfor manglende eller usikker kunnskap, og denne usikkerheten kan vanskeliggjøre vurderingen av om skaden er irreversibel eller ikke. Det vil i vurderingen av om skaden er vesentlig være viktig å kunne se naturen i sin helhet, og en økosystemtilnærming er avgjørende dersom man skal se skadene i lys av bevaringsmålene og målet om en helhetlig, bærekraftig forvaltning av naturmangfoldet. At forvaltningen gis rom til å avgjøre om en skade skal kvalifisere som vesentlig, stiller store krav til forvaltningen hva gjelder konsekvensutredninger og faglig kompetanse. Selv om skaden i første omgang ikke skader sårbar natur eller sårbare arter, kan dette bli konsekvensen i andre omgang fordi sårbare arter er avhengige av den naturen som i første omgang blir skadet. Dette gjør at en økosystemtilnærming blir viktig i forvaltningens vurderinger av hva som utgjør vesentlig skade. Forvaltningen må i sin vurdering av hva som utgjør vesentlig skade sørge for å utrede hva som kan være konsekvensene av tiltak og for å kunne danne seg et grunnlag for vurderingen, noe som kan være vanskelig når man står overfor en

---

<sup>52</sup> Ot.prp. nr. 52 s 103

situasjon med vitenskapelig usikkerhet. Manglende eller ufullstendige konsekvensutredninger kan komme til å medføre at føre var-prinsippet ikke blir tilstrekkelig vektlagt slik at vesentlig skade likevel blir påført naturen. Her ser vi en klar sammenheng mellom føre var-prinsippet og prinsippet om samlet belastning. Dette er sammen med prinsippet om økosystemtilnærming nedfelt i nml. § 10, og omhandler at myndighetene ved avgjørelser må ta hensyn til hvilke andre eksisterende eller planlagte inngrep man har i det aktuelle naturområdet, og at man må ta hensyn til den kumulative virkningen av inngrepene.<sup>53</sup> Det at prinsippet om samlet belastning på linje med føre var-prinsippet skal legges til grunn som retningslinje for forvaltningen kan være med på å begrense rommet for forvaltningsskjønnet, da de to prinsippene sett i sammenheng medfører at forvaltningen ikke uten videre vil kunne gjøre en snever vurdering ved spørsmålet om den potensielle skaden er vesentlig eller ikke. I tillegg ser vi en klar sammenheng med kravet til kunnskapsgrunnlaget i nml. § 8 og kravet i alminnelige forvaltningsrettslige regler om at saken skal være så godt opplyst som mulig når forvaltningen gjør sine avgjørelser. Disse kravene gjør at forvaltningen må bygge sine avgjørelser på så sikker og god kunnskap som mulig, og stiller til en viss grad krav om at forvaltningen utreder mulige konsekvenser av tiltak også der man står overfor usikker eller manglende vitenskapelig kunnskap.

Kommer forvaltningen til at skaden ikke er å anse som vesentlig, kommer heller ikke føre var-prinsippet til anvendelse. Fordi forvaltningen i vurderingen ikke baserer seg på sikker kunnskap, vil det alltid være en risiko for at naturen blir påført alvorlig eller irreversibel skade. Det å stille krav om at potensiell skade skal kvalifisere som alvorlig eller irreversibel er imidlertid også gjort i flere internasjonale formuleringer av prinsippet. Rio-erklæringen art. 15 har blant annet denne formuleringen. Kravet om kvalifisert skade påvirker forvaltningens rom for skjønnsutøvelse ved å gi forvaltningen muligheten til å bruke skjønn i forhold til hva som kvalifiserer som vesentlig, da dette ikke er tilstrekkelig presisert av lovgiver. Uten formuleringen ville en hver skade vært omfattet, noe som ville gitt forvaltningen mindre rom for skjønnsutøvelse. Samtidig ville det gitt prinsippet en vesentlig større gjennomslagskraft. Det ble under høringene presisert at prinsippet var for vagt, nettopp på grunn av kravet om at skade skulle

---

<sup>53</sup> Bugge 2011, s 230.

kvalifisere som vesentlig. Kravet harmoniserer imidlertid godt med fokuset på bærekraftig bruk framfor vern, noe som er en gjennomgående linje i loven, til forskjell fra den tidligere naturvernloven som i større grad fokuserte på vern av sårbar natur.

I bestemmelsens andre punktum er formuleringen «alvorlig og irreversibel» skade brukt istedenfor «vesentlig» som i første punktum. Det at de to formuleringene skal sees i sammenheng sier noe om hva som legges i den etter ordlyden strengere formuleringen i andre punktum. Vurderingene av om skade kvalifiserer som alvorlig og irreversibel etter annet punktum er de samme som vurderingene av om skade kvalifiserer som vesentlig etter første punktum, og det vises til redegjørelsen over vedrørende dette.

I annet punktum er det imidlertid også et annet begrep som overlater en del til forvaltningens skjønnsutøvelse. Spørsmålet om det «foreligger en risiko for alvorlig eller irreversibel skade» blir vesentlig når forvaltningen skal avgjøre om føre var-prinsippet får gjennomslag slik at tiltak for å ivareta naturmangfoldet skal iverksettes. Risiko i denne sammenhengen må være å anse som et normativt begrep. For at det skal foreligge risiko etter annet punktum må det foreligge en viss sannsynlighet for at skade vil forekomme. Det er ikke krav om noen sannsynlighetsovervekt, men det må foreligge en reell mulighet for at skade forekommer.<sup>54</sup> I proposisjonen presiseres det at reell mulighet for skade foreligger der det «...ut fra vitenskapelige kriterier eller erfaringskunnskap er en reell sannsynlighet for at slik skade kan oppstå, ...».<sup>55</sup> Det er med andre ord slik at der det er snakk om usikker eller manglende kunnskap, legger likevel kunnskapen grunnlaget for at noe skal kvalifisere som sannsynlig nok til at føre var-prinsippet kommer til anvendelse. I realiteten vil dette kunne bety at føre var-prinsippet blir en regel om omvendt bevisbyrde, der det blir opp til den som ønsker et tiltak eller en virksomhet iverksatt å godtgjøre at dette ikke vil påføre naturen noen form for alvorlig eller irreversibel skade. Hvor vidt man kan se på føre var-prinsippet som en regel om omvendt bevisbyrde er imidlertid omstridt. Green Peace gikk inn for å forby en hver form for dumping av miljøskadelig avfall, med mindre man kunne

---

<sup>54</sup> Backer 2010, s 99.

<sup>55</sup> Ot.prp. nr. 52, s 381.

dokumentere at dumpingen ikke ville medføre skade på miljøet.<sup>56</sup> Hovi peker på at et slikt krav er svært problematisk, fordi det kan være enda vanskeligere å dokumentere at noe ikke vil påføre skade enn å dokumentere at noe vil påføre skade.

Vurderingene gjort av forvaltningen vedrørende begrepene «vesentlig», «risiko» og «alvorlig og irreversibel» kan enten være en del av forvaltningens rettsanvendelsesskjønn eller bli tolket slik at de overlater en del til forvaltningens frie skjønn. Hvor vidt de skjønnsmessige begrepene ligger innenfor forvaltningens rettsanvendelsesskjønn eller blir tolket slik at forvaltningen står fritt til å skjønne over formuleringene er vesentlig i forhold til hvilke muligheter det er for domstolene til å kontrollere vurderingene gjort av forvaltningen. Mulighetene for domstolskontroll med forvaltningen kommer jeg tilbake til i neste kapittel, og nøyer meg her med å peke på sammenhengen mellom forvaltningens rom til skjønnsutøvelse og domstolenes mulighet for kontroll med forvaltningen.

I forarbeidene til naturmangfoldloven peker man på det «*At det foreligger en tilstrekkelig risiko som fører til at føre-var-prinsippet skal komme til anvendelse, må kunne begrunnes ut fra alminnelige forvaltningsrettslige regler.*»<sup>57</sup> Hva ligger så i denne formuleringen? Forvaltningsloven § 17 (1) stiller krav til at forvaltningens saksbehandling skal være så godt opplyst som mulig. Skal føre var-prinsippet komme til anvendelse er man avhengig av at forvaltningen gjør gode undersøkelser og utredninger for å belyse mulige farer, samt for å få fram den vitenskapelige usikkerheten. Her ser man en klar link til nml. § 8 om krav til kunnskapsgrunnlaget ved offentlige beslutninger. For at det skal foreligge en tilstrekkelig risiko på naturmangfoldlovens område, må med andre ord både kravet til forvaltningens saksbehandling etter fvl. § 17 tilfredsstilles, og de spesielle forvaltningsrettslige reglene om krav til kunnskapsgrunnlaget i nml. § 8.

---

<sup>56</sup> Hovi, Jon 2001 2001 «Føre var-prinsippet som rasjonelt beslutningskriterium» I: CICERO Working paper 2001:13 Oslo: CICERO, s 8

<sup>57</sup> Ot.prp. nr. 52 s 381



Også på andre områder har man spesielle forvaltningsrettslige regler som stiller krav til hvilke utredninger som må gjøres og som har klar sammenheng med føre var-prinsippet. Et eksempel er reglene om konsekvensutredning i plan- og bygningsloven. Bugge peker på viktigheten av at eventuell usikkerhet «...trekkes fram når mulige konsekvenser beskrives og at risikoen som knytter seg til mangelen på sikre kunnskaper i alle fall skal vurderes.»<sup>58</sup> Han betegner dette som et saksbehandlingskrav som oppstiller som et minimum at man må vurdere hvor føre var man bør være. Det er med andre ord slik at det ikke bare er naturmangfoldlovens regler som oppstiller krav om at saker er utredet så godt som mulig før man treffer vedtak, og for at tilstrekkelig risiko skal foreligge må man kunne stille krav om at reglene for grundig saksbehandling som her er oppstilt er fulgt. Samtidig vil det måtte gå en grense for hvor vidtgående en utredning skal være. Det har formodningen mot seg at kravet til utredning, og til å sørge for at saken er så godt opplyst som mulig medfører en plikt til å gjennomføre uproporsjonalt tyngende utredninger i forhold til de potensielle miljøskader utredningen knytter seg til.

I tillegg til regelen om at saken skal være så godt opplyst som mulig, setter alminnelige forvaltningsrettslige regler krav om saklighet og rimelighet i saksbehandlingen. Disse vil også være med på å sette rammer for hva som må kunne begrunne at kravet om at det foreligger tilstrekkelig risiko.

Ikke bare ordlyden og forarbeidene spiller en rolle for forvaltningens rom for skjønnsutøvelse. Formålet med bestemmelsen må også tas med i vurderingen. Som tidligere nevnt er ikke hovedfokuset i naturmangfoldloven vern, men bærekraftig bruk. Hensynet til bærekraftig bruk omfatter både økologiske, sosiale og økonomiske aspekter.<sup>59</sup> Målene for forvaltningens forvaltning av naturmangfoldet i nml. §§ 4 og 5 skal nås gjennom bærekraftig bruk av naturen, og prinsippene som legges til grunn for en slik bærekraftig bruk er prinsippene i nml. §§ 8-12. At fokuset er på bærekraftig bruk og ikke hovedsakelig på vern gjør imidlertid ikke at enkelte bestemmelser ikke har som formål å sikre vern av sårbar natur. Det må derfor kunne hevdes at det er grunnleggende

---

<sup>58</sup> Bugge 2011, s 137.

<sup>59</sup> Backer 2010, s 67

med en viss sammenheng mellom den sannsynlighet som kreves for at risiko skal foreligge etter annet punktum og den potensielle miljøskadens grad av alvorlighet. Dersom potensiell miljøskade er svært alvorlig og omfattende, kan det ikke kreves like stor sannsynlighet for at skaden inntreffer før føre var-prinsippet kommer til anvendelse, som dersom potensiell miljøskade er beskjedne. Dette på bakgrunn av at man har som formål å legge opp til en bærekraftig bruk der ikke miljøhensynene til en hver tid får gjennomslag, samtidig som man ønsker å sikre miljøet og naturmangfoldet. Den konkrete vurderingen i denne sammenheng er imidlertid overlatt til forvaltningen, siden den ikke er nærmere presisert av lovgiver.

Føre var-prinsippet er slått fast i en rekke konvensjoner og i «soft law» som Norge har gitt sin tilslutning til. Norge har blant annet sluttet seg til Rio-erklæringen med sin art. 15 og ratifisert Convention on Biological Diversity (heretter CBD). Selv om føre var-prinsippet ikke er eksplisitt nevnt i konvensjonen peker man i fortalen av CBD på viktigheten av kjernen i prinsippet. *«Noting also that where there is a threat of significant reduction or loss of biological diversity, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to avoid or minimize such a threat.»*<sup>60</sup> Norske myndigheter har ved flere anledninger pekt på Norges internasjonale forpliktelser i forbindelse med føre var-prinsippet, blant annet i forarbeidene til naturmangfoldloven. Det kan stilles spørsmål ved om disse forpliktelsene vil kunne påvirke forvaltningens skjønnsutøvelse i noen grad. «Soft law» medfører ingen forpliktelser, og på grunn av skillet mellom Rio-erklæringens prinsipp 15 som har med hensynet til kostnadseffektivitet i formuleringen og formuleringen i nml. § 9, er det vanskelig å trekke inn denne formuleringen som tolkningsmoment ved forvaltningens skjønnsmessige vurderinger av hva som kvalifiserer som «vesentlig» skade, tilstrekkelig «risiko» og «alvorlig og irreversibel» skade. At Norges internasjonale forpliktelser medfører noen plikt for forvaltningen ut over det å ta med føre var-prinsippet som hensyn i vurderingen ved avgjørelsen i enkeltsaker, kan jeg på bakgrunn av dette vanskelig se holdepunkter for.

---

<sup>60</sup> Convention on Biological Diversity preamble avsnitt 10.

Sammenfattet ser vi at formuleringen av føre var prinsippet i nml. § 9 overlater en del til forvaltningens skjønnsutøvelse, samtidig som en del er forsøkt klarlagt av lovgiver blant annet i forarbeidene. I tillegg til det som er søkt klarlagt av lovgiver, blir forvaltningens rom for skjønnsutøvelse begrenset av alminnelige forvaltningsrettslige regler og i en liten grad påvirket av Norges internasjonale miljørettslige forpliktelser. En del av de skjønnsmessige vurderingene ligger i gråsonen mellom det som er overlatt til forvaltningens frie skjønn og det som må falle inn under rettsanvendelsesskjønnet. Den nærmere drøftelsen og konklusjonen i dette spørsmålet vil jeg komme tilbake til under drøftelsen av adgangen til domstolskontroll med forvaltningen. I det videre skal jeg se nærmere på hvordan rommet blir påvirket av noen av naturmangfoldlovens andre regler.

#### 4.3 Om nml. § 14s påvirkning av forvaltningens skjønnsutøvelse

Forvaltningens skjønnsutøvelse blir påvirket av bestemmelsen i lovens § 14 som påpeker at prinsippene skal avveies mot andre viktige samfunnshensyn. Bestemmelsen gjelder imidlertid bare for vurderinger i forbindelse med avgjørelser etter nml., og skiller seg dermed fra de øvrige bestemmelsene i lovens kapittel II som også gjelder for annen offentlig myndighetsutøvelse enn avgjørelser etter naturmangfoldloven. Bestemmelsen vedrører forvaltningens skjønnsutøvelse, og gjør dette på to ulike områder. Første ledd har som formål å sikre at vurderinger foretatt i forbindelse med avgjørelser etter nml. ikke blir ensidige og bare vektlegger hensyn i tråd med prinsippene i §§ 7 til 12. Forvaltningen er etter denne bestemmelsen pliktig til også å ta andre viktige samfunnshensyn i betraktning, og de står fritt til å la andre samfunnshensyn få gjennomslag fremfor miljøhensynene som følger av prinsippene i lovens §§ 7-12. Andre viktige samfunnshensyn kan være økonomiske, sosiale og kulturelle behov, og behovet for en effektiv ressursforvaltning.<sup>61</sup> Videre slås det i proposisjonen fast at denne plikten til å avveie prinsippene mot andre viktige samfunnshensyn kan innebære en plikt for forvaltningen til selv å utrede hvilke andre samfunnshensyn som gjør seg gjeldende i den aktuelle sak, og hvilke konsekvenser

---

<sup>61</sup> Ot.prp. nr. 52 s 383-384.

eventuelle avgjørelser vil få for disse samfunnshensynene. Ordlyden i bestemmelsen tilsier imidlertid at de andre samfunnshensynene tillegges vekt som relevante hensyn, og bestemmelsens første ledd gir ikke samfunnshensynene noen særlig vekt i forhold til andre relevante hensyn.<sup>62</sup> De begrensningene som ligger i § 14 (1) omhandler først og fremst at forvaltningen ikke selv står fritt til å velge om miljøhensynene i lovens §§ 7-12 skal veies opp mot andre samfunnshensyn. Samtidig er § 14 med på å utvide forvaltningens rom for skjønnsutøvelse, fordi den gir forvaltningen fullmakt til selv å komme frem til hvilke andre samfunnshensyn som er relevante, og samtidig til å avgjøre hvilke hensyn som skal veie tyngst i den enkelte sak.

Bestemmelsen vedrører for det andre forvaltningens skjønnsutøvelse gjennom at den i andre ledd tar sikte på å sikre naturgrunnlaget for samisk kultur en særlig stilling i skjønnsutøvelsen ved avgjørelser som vedrører de samiske interessene direkte. Bestemmelsen kommer som en konsekvens av og er i tråd med Norges internasjonale forpliktelser på området.<sup>63</sup> Den særlige stillingen er imidlertid ikke til hinder for at andre hensyn kan tillegges tyngre vekt, så bestemmelsen overlater fremdeles en del til forvaltningens skjønnsutøvelse. Hensynet til å sikre naturgrunnlaget for samisk kultur er med andre ord et pliktig hensyn å ta, men forvaltningen gis samtidig kompetanse til selv å avgjøre om dette hensynet skal veie tyngre enn andre hensyn. Det er dermed ikke snakk om en lovbunden kompetanse der forvaltningen ville være forpliktet til å la hensynet til samiske interesser veie tyngst.

Gjennom dette kapittelet har jeg sett nærmere på i hvilken grad forvaltningen står fritt i sin skjønnsutøvelse ved avgjørelsen av om føre var-prinsippet i nml. § 9 skal komme til anvendelse eller ikke. Sammenfattet er det en god del som ikke er presisert av lovgiver, men som er overlatt til forvaltningens egne skjønnsmessige vurderinger. I det videre skal jeg se på hvordan dette påvirker mulighetene for å få prøvd forvaltningsavgjørelser om føre var-prinsippet i nml. § 9 av domstolene.

---

<sup>62</sup> Backer 2010, s 118.

<sup>63</sup> FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SIVPOL) art. 27.

## 5 Domstolskontroll med forvaltningens skjønnsutøvelse

Naturmangfoldloven har som nevnt blitt kritisert fordi den overlater mye til forvaltningens skjønnsutøvelse.<sup>64</sup> En av grunnene til at denne kritikken kommer er at man ikke anser det mulig for domstolene å prøve denne skjønnsutøvelsen i noen særlig grad, noe man har hevdet medfører at loven i liten grad egner seg til å verne om naturen. I dette kapitlet skal jeg se nærmere på mulighetene for domstolskontroll med forvaltningens avgjørelser etter nml. § 9.

### 5.1 Domstolskontroll med forvaltningsvedtak

For at domstolene skal ha anledning til å kontrollere forvaltningen må saken bringes inn for domstolene av noen som har prøvingsrett.<sup>65</sup> Prøvingsretten følger i Norge av grunnlovens § 88 sett i sammenheng med sikker rettspraksis over lang tid. Den følger også delvis av EMK art. 6 om retten til upartisk og offentlig saksbehandling ved en uavhengig og upartisk domstol. Hvor langt domstolenes rett til å prøve forvaltningens avgjørelser gjelder og hvilke omfang den har skal jeg komme tilbake til.

Et spørsmål er imidlertid om reglene om domstolsprøving kan sies å ha grunnlovs rang, eller om lovgiver kan velge å gjøre begrensninger i den. Graver hevder at lovgiver ikke har anledning til å gjøre slik begrensning når det er snakk om myndighetsmisbruk, ved grove brudd på kravene til forsvarlig saksbehandling eller ved spørsmål om å tilsidesette ugyldige vedtak.<sup>66</sup> I norsk lov gjøres det sjelden klare unntak fra retten til domstolsprøving med forvaltningsvedtak, men ordlyden at organer gjør vedtak med bindende virkning forekommer ofte. Dette kan imidlertid ikke bety at domstolene ikke har anledning til å prøve hvor vidt forvaltningen har holdt seg innenfor sin kompetanse og hvor vidt de har forholdt seg til reglene om en forsvarlig og saklig saksbehandling. Hvor vidt domstolene har anledning til å prøve de skjønsmessige vurderingene som gjøres av forvaltningen er imidlertid et annet spørsmål.

---

<sup>64</sup> Se Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s 99 – 100 om kritikken i forbindelse med føre var-prinsippet, samt s 314 om lovens delegering av myndighet.

<sup>65</sup> Eckhoff 2010, s 539-540

<sup>66</sup> Graver 2010, s 102

## 5.2 Skillet mellom lovanvendelseskontroll og skjønnsutøvelseskontroll

Norge har som et konstitusjonelt utgangspunkt at domstolene og forvaltningen har ansvar, og dermed også makt, på forskjellige områder. Ingen statsmakt skal kunne gå inn på andre statsmakters sitt område. Dette følger av maktfordelingsprinsippet. For å regulere domstolenes mulighet for å prøve forvaltningens vedtak er det vanlig å gjennom lovgivningen gi forvaltningen fullmakt til å utøve skjønn ved avgjørelser. Dette er for eksempel brukt i utstrakt grad i Naturmangfoldloven. Et annet viktig utslag av maktfordelingsprinsippet er imidlertid at en skal kunne kontrollere at en statsmakt ikke utøver myndighetsmisbruk, og på bakgrunn av dette har man adgang til domstolskontroll med forvaltningen.

Domstolskontroll kan i hovedsak deles inn i to ulike former for kontroll. At domstolene har rett til å utføre lovanvendelseskontroll kan kort slås fast, og følger av at lovtolkning er en rettslig oppgave og dermed en oppgave for domstolene når det kommer opp som spørsmål for dem.<sup>67</sup> Lovlighetskontrollen til domstolene omfatter i alle fall saksbehandlingsfeil og personelle kompetansemangler. Hvor vidt den også omfatter materielle mangler må man imidlertid se nærmere på.<sup>68</sup> Utgangspunktet videre er da at domstolene kan prøve alle sider ved forvaltningens fortolkning av hjemmelsgrunnlaget. Spørsmålet er imidlertid hva dette omfatter. Eckhoff peker på at når det gjelder de lovbundne avgjørelsene har domstolene anledning til å prøve alle sider ved dem. Dette omfatter som utgangspunkt også subsumsjonen. Også de lovbundne avgjørelsene kan imidlertid bygge på skjønnsmessige elementer. Da er avgjørelsen av skjønnsmessig karakter, men skjønnsutøvelsen er ikke nødvendigvis unndratt rettslig styring. Eckhoff bruker betegnelsen rettsanvendelsesskjønn. Rettsanvendelsesskjønn kan imidlertid medføre en begrensning i domstolenes prøvelsesrett.<sup>69</sup> Særlig er dette tilfelle der lovbestemmelsen er vagt formulert eller det stilles krav om teknisk eller faglig ekspertise. I disse tilfellene synes domstolen å være lite egnet til å overprøve forvaltningens skjønnsmessige vurderinger.

---

<sup>67</sup> Eckhoff 2010, s 393

<sup>68</sup> Tvedt 2005, s 91

<sup>69</sup> Tvedt 2005, s 96

Domstolene kan i utgangspunktet ikke overprøve forvaltningens frie skjønn. Spørsmålet om forvaltningens frie skjønn kommer kun opp der det er snakk om at forvaltningen er gitt en diskresjonær kompetanse. I strengt lovbundne bestemmelser åpnes det jo ikke for at forvaltningen fritt skal skjønne over noe. I denne sammenheng er det viktig å presisere at det ikke aldri er snakk om et helt fritt skjønn, men at man omtaler den delen av skjønnsutøvelsen der innholdet i avgjørelsen ikke er regulert av rettsregler som fritt skjønn.<sup>70</sup> Det er imidlertid ikke alltid snakk om enten en strengt lovbunden avgjørelse eller en avgjørelse som er overlatt til forvaltningens frie skjønn. Det finnes vurderinger og avgjørelser som ligger i gråsonen. Et eksempel er det tidligere omtalte rettsanvendelsesskjønnet. Spørsmålet blir da hvor skillet mellom lovanvendelseskontroll og skjønnsutøvelseskontroll mer presist går, med andre ord hvor grensen for at domstolene kan prøve forvaltningens skjønnsutøvelse går.

Boe trekker fram Trine Schultz to måter å skille mellom lovanvendelseskontroll og skjønnsutøvelseskontroll på. Den første relaterer seg til nettopp i hvilken grad retten kan kontrollere forvaltningsavgjørelsen. *«Er retten avskåret fra å kontrollere et vurderingsinnslag, kalles vurderingstemaet for skjønn eller fritt skjønn. Kan retten kontrollere vurderingsinnslaget, brukes karakteristikkene rettsanvendelse eller rettsspørsmål.»*<sup>71</sup> Den andre måten å skille på i følge Schultz relaterer seg til hvor presist hjemmelsgrunnlaget er utformet. Skjønnsutøvelse er det da når forvaltningen fatter en beslutning med hjemmelsgrunnlag som i liten eller ingen grad gir noen beskrivelse av rettsfakta og/eller rettsfølge. Skjønnsutøvelseskontroll blir da kontrollen med denne beslutningen. Boe mener imidlertid at man også kan skille mellom de to formene for domstolskontroll på en tredje måte. Han kommer til at dersom man tar utgangspunkt i den funksjonen vurderingsinnslagene til forvaltningen har, vil domstolskontrollen kunne deles inn i to stadier der det første handler om å avgjøre *«hvor langt retten kan og skal ta stilling til om hjemmelen foreligger, mens stadium nummer to handler om hvor langt forvaltningsskjønnet kan underkjennes, eller – mer presist – hvor langt retten kan kontrollere skrankene for skjønnsutøvelsen. «Stadium nummer to» i*

---

<sup>70</sup> Graver 2007, s 258

<sup>71</sup> Boe 2007 "Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?" publisert i Lov og Rett nr 02 2007, s 69.

*domstolskontrollen – kontrollen med skjønnsutøvelsen – handler om hvorvidt hjemmelen ble brukt på lovlig vis da forvaltningen valgte å benytte anledningen til å treffe avgjørelsen som hjemmelsgrunnlaget åpner for.»<sup>72</sup> Boe peker på at domstolskontrollen da vil dreie seg om overholdelsen av alminnelige forvaltningsrettslige saksbehandlingsprinsipper fremfor hjemmelsbetingelser og bruken av disse.*

Fordi domstolene som utgangspunkt etter norsk rett bare skal kontrollere legaliteten i et vedtak, og ikke hvor vidt vedtaket er rimelig eller ikke, kan domstolen bare sette til side eller underkjenne ugyldige vedtak. På denne måten blir også ugyldighetsreglene viktige for å definere hva domstolene kan prøve.

Å skille mellom de to formene for domstolskontroll er som vi ser ikke enkelt, skillet er ikke særlig skarpt uansett hvilken forklaringsmodell man velger å bruke. Det kan imidlertid bli svært viktig siden det i utgangspunktet er forvaltningen og ikke domstolen som skal avgjøre hva som er rimelig eller hensiktsmessig i den enkelte sak.<sup>73</sup> For å trekke grensen mellom hva som kan kontrolleres av domstolene og hva som faller utenfor denne kontrollen, må domstolene derfor tolke loven i det enkelte tilfelle, og dermed avgjøre hvor grensen går for hva som er spørsmål om legalitet og hva som er overlatt til forvaltningens frie skjønn. Etter at dette er avklart kan domstolene gå inn på kontrollen med forvaltningen i den enkelte sak.

### 5.3 Domstolskontroll med forvaltningen i norsk rettspraksis

Domstolene har prøvd lovligheten av forvaltningens avgjørelser allerede siden tidlig på 1800-tallet.<sup>74</sup> Omfanget er imidlertid rimelig begrenset, både med tanke på det absolutte antall og sett i forhold til det antallet forvaltningsavgjørelser som faktisk gjøres.<sup>75</sup> I det videre skal jeg kort se på noen saker som har vært viktige i utviklingen av

---

<sup>72</sup> Boe 2007, s 71 - 72

<sup>73</sup> Eckhoff 2010, s 544

<sup>74</sup> Graver 2007, s 99

<sup>75</sup> Eckhoff 2010, s 540



domstolskontrollen med forvaltningen i norsk rettspraksis. Fordi det sjelden kommer opp saker som vedrører overprøving av forvaltningens frie skjønn, omhandler disse sakene prøving av lovanvendelsen. De fleste spørsmålene som det tas stilling til ligger imidlertid i grenseland mellom lovanvendelseskontroll og skjønnsutøvelseskontroll, og er derfor egnet til å i noen grad illustrere hvor skillet mellom lovanvendelseskontroll og skjønnsutøvelseskontroll går.

### 5.3.1 Utvisningsdom I (Rt 1995 s. 72)

Det ble i saken stilt spørsmål om vurderingen etter utlendingslovens § 30 (3) hørte til forvaltningens frie skjønn eller om det var snakk om rettsanvendesskjønn.

Førstevoterende påpekte at domstolenes anledning til kontroll med forvaltningens skjønnsutøvelse «*vil si at domstolene kan fastlegge lovbestemmelsens nærmere innhold og prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor rammen av denne. Domstolene kan videre prøve om forvaltningen har bygget på riktig faktum, om det er tatt utenforliggende hensyn, og om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet eller en så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets gyldighet.*»<sup>76</sup> Videre pekte man på at selv om lovens vage ordlyd i seg selv kunne være et argument for at det ikke var anledning til å kontrollere forvaltningens skjønnsutøvelse i denne saken, kunne det ikke bli avgjørende. Det avgjørende måtte bli hvilke hensyn loven var tenkt å ivareta holdt sammen med lovens forhistorie. Retten kom til at man ved domstolskontroll med forvaltningens beslutning om hvor vidt vilkårene for utsendelse her var oppfylt ville etablere en ordning som fra lovgivers side langt på vei var uønsket. Boe stilte seg i etterkant av dommen spørsmål ved om dommen medførte en innsnevring av lovanvendelseskontrollen.<sup>77</sup>

### 5.3.2 Naturfredningssaken (Rt. 1995 s. 1427)

Spørsmålet var om domstolene kan prøve forvaltningens subsumsjon. Førstevoterende søker svar i en fortolkning av loven sammenholdt med forarbeidene og tidligere lovgivning. Det slås fast at det er et alminnelig prinsipp at domstolene kan prøve også subsumsjonen, men at unntak kan gjøres dersom dette blir særskilt begrunnet. Dette må

---

<sup>76</sup> Rt. 1995 s 72, s 77 andre avsnitt.

<sup>77</sup> Boe 2007, s 74

sees som et resultat av den utviklingen man hadde hatt den siste tiden, som blant annet Utvisningsdom I var en del av. Førstevoterende trekker frem at de skjønnsmessige formuleringer som ligger i naturvernloven § 8 kunne vært grunnlag for en særskilt begrunnelse, men kommer til at de i den foreliggende saken ikke i seg selv begrunner innskrenkinger i domstolsprøvelsen. Førstevoterende kommer derfor til at man har anledning til domstolsprøvelse, men påpeker samtidig at *«domstolene bør være tilbakeholdne med å fravike det faglige skjønn»* som forvaltningen har utøvd i saken.<sup>78</sup> Andrevoterende tok ut dissens vedrørende domstolenes anledning til å overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse vedrørende vilkåret «spesiell naturtype» i naturvernlovens § 8. Andrevoterende mener at uttrykkene er å forstå som retningslinjer for forvaltningens skjønnsutøvelse, og peker på at domstolene er lite egnede til å overprøve de vurderinger som blir gjort av forvaltningen, fordi vurderingene i utpreget grad er skjønnsmessige og vil være av utpreget naturfaglig karakter. På bakgrunn av dette kommer han til at domstolene ikke kan kontrollere subsumsjonen i denne saken. Dissensen medførte imidlertid en presisering av hovedregelen om full domstolsprøving fra øvrige dommere. *«Om de lovbestemte vilkår for en forvaltningsavgjørelse er til stede, må domstolene kunne prøve fullt ut, dersom det ikke er sikre holdepunkter for noe annet.»*<sup>79</sup>

Denne hovedregelen ble understreket i to påfølgende dommer,<sup>80</sup> hvor man forsøkte å harmonisere resultatet i Utvisningsdom I og Naturfredningsdommen. Etter ytterligere tre dommer på 2000-tallet<sup>81</sup> står det som en klar regel at det skal mye til for at domstolene er avskåret fra kontroll med subsumsjonen, og det må «sikre holdepunkter» til for å begrunne et unntak fra denne hovedregelen.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Rt 1995 s 1427, s 1433

<sup>79</sup> Rt 1995 s 1427, s 1436

<sup>80</sup> Rt 1998 s 1795 og Rt 2000 s 591, begge om forholdsmessighetsvurderingen etter Utlendingslovens § 29 (2)

<sup>81</sup> Rt 2004 s 1092, Rt 2005 s 117 og Rt 2005 s 229

<sup>82</sup> Boe 2007 s 77

#### 5.4 Grensene for domstolskontroll med forvaltningens skjønnsutøvelse etter nml. § 9

Hovedregelen er altså at domstolene kan prøve forvaltningens lovtolking, subsumsjonen (selv om Høyesterett her mener man skal være tilbakeholden med å overprøve forvaltningens faglige skjønn), saksbehandlingen og det faktiske grunnlag for rettsanvendelsen og forvaltningsskjønnet, men ikke det som faller inn under forvaltningens frie skjønn.<sup>83</sup> Dette er imidlertid bare utgangspunktet, det finnes unntak og det finnes tolkningsspørsmål. I dette kapitlet skal jeg se på om det finnes slike unntak for domstolskontroll med nml. § 9. I tillegg skal jeg se nærmere på hva som er omfattet av forvaltningens frie skjønn og dermed unntatt domstolskontroll, og hva som faller inn under rettsanvendelsesskjønnet. Jeg vil også stille spørsmål ved hvor vidt domstolene kan føre kontroll med den avveiningen forvaltningen gjør mellom hensynene i føre var-prinsippet og andre viktige samfunnshensyn.

##### 5.4.1 Unntak fra hovedregelen om kontroll med subsumsjonen

Det gjøres unntak for domstolskontroll med subsumsjonen der særlige grunner taler for det. Et eksempel er ved spørsmålet om vilkårene for fredning etter naturvernloven 1910, der det var særlige holdepunkter både i ordlyden og i forarbeidene for at domstolskontrollen var begrenset. Slike holdepunkter finner man imidlertid ikke i Naturmangfoldloven. Vilråene for å treffe vernevedtak er ikke like vage og i større grad presisert av lovgiver gjennom forarbeidene, og det nevnes ikke noe om begrenset domstolskontroll med subsumsjonen i forarbeidene.

Når det gjelder nml. § 9 kan det imidlertid spørres om vilråene for at føre var-prinsippet skal komme til anvendelse ikke er så vage at de skulle tilsi begrenset domstolsprøvelse med subsumsjonen på området. Som vi har sett tidligere i oppgaven er vilråene i bestemmelsen formulert på en slik måte at de må tolkes av forvaltningen i det enkelte tilfelle for å avgjøre om føre var-prinsippet kommer til anvendelse. Det er imidlertid vanskelig å argumentere for at vilråene i dette tilfelle er mer vage enn i

---

<sup>83</sup> Backer 2010 s 33.

bestemmelsene om vernevedtak der begrenset domstolskontroll ikke gjelder, og vilkårene er i tillegg nærmere presisert i forarbeidene. Siden det heller ikke er andre holdepunkter for å begrense domstolskontrollen på området i forarbeidene, kan det i spørsmålet konkluderes med at domstolene har adgang til også å kontrollere subsumsjonen etter nml. § 9.

#### 5.4.2 Forvaltningens frie skjønn vs. rettsanvendelsesskjønn

Enkelte av vurderingene som forvaltningen gjør i vurderingen av om føre var-prinsippet skal komme til anvendelse i tråd med bestemmelsen i nml. § 9, ligger i grenseland mellom det som man kan omtale som forvaltningens frie skjønn og det tidligere omtalte rettsanvendelsesskjønnet. Vurderingene av hva som kvalifiserer som vesentlig skade og hva som skal til for at noe er å regne som alvorlig og irreversibel skade er eksempler på vurderinger som ikke lar seg karakterisere som den ene eller andre typen skjønnsutøvelse bare på bakgrunn av det som finnes i formuleringen av bestemmelsen og det man finner i forarbeidene. Andre faktorer må derfor trekkes inn for å avgjøre om domstolene kan prøve forvaltningens vurderinger i disse spørsmålene.

Et vesentlig spørsmål ved drøftingen av om vurderingen av om noe kvalifiserer som «vesentlig» eller «alvorlig og irreversibel» skade og hva som utgjør tilstrekkelig «risiko» er hvor vidt begrepene er å definere som generelle juridiske kriterier eller det er et begrep som spiller på subjektive vurderingsnormer. Ved generelle juridiske kriterier vil man ha enighet om hva som ligger i begrepet, hvilke vurderinger som må gjøres og hva som skal til for å oppfylle kriteriet, på tvers av flere saklige fagområder og på tvers av ulike lovbestemmelser. Et slikt begrep vil det være domstolene som er nærmest til å kontrollere. Det vil med andre ord være snakk om begreper som omfattes av rettsanvendelsesskjønnet. Et begrep som spiller på subjektive vurderingsnormer krever gjerne spesiell faglig kompetanse for å gjøre en vurdering av om kriteriene er nådd i den enkelte situasjon, eller det kan ha et politisk aspekt av betydning. Vurderinger etter slike begreper ligger det nærmest til forvaltningen å ha siste ordet i, da disse gjerne har mer faglig innsikt og større innsikt i det politiske på området. Vurderingene etter disse begrepene er med andre ord omfattet av forvaltningens frie skjønn. Et eksempel på begrep som gjerne har blitt ansett som et generelt juridisk

kriterium er «særlige grunner». Begrepet har blitt forstått på samme måte på tvers av lovgivning, og man har gitt det et innhold som i det vesentligste er juridisk. I Rt. 2007 s. 257 kom man imidlertid til at begrepet «særlige grunner» i Plan- og bygningsloven § 7 var omfattet av forvaltningens frie skjønn da begrepet var av dels planfaglig og politisk karakter, i tillegg til at man la vekt på kommunal selvbestemmelsesrett.<sup>84</sup> Man la også vekt på at begrepet i seg selv er upresist, noe som man mente at i seg selv taler for at det ligger under forvaltningens frie skjønn. Dette viser at det er vanskelig å si noe på generelt grunnlag om hvilke begreper og formuleringer som er omfattet av rettsanvendelsesskjønnet og hva som er overlatt til forvaltningens frie skjønn, og at begreper som vanligvis er å anse som generelle juridiske kriterier i enkelte sammenhenger vil spille på de subjektive vurderingsnormene.

Hva som ligger i begrepet «vesentlig» er i seg selv ikke klart, og som tidligere omtalt må man gå til forarbeidene for å få en nærmere presisering. Det er imidlertid fremdeles etter denne presiseringen et vagt begrep, et begrep som krever en vurdering i den enkelte situasjon. Dette trekker i retning av at denne vurderingen er overlatt til forvaltningens frie skjønn. Vurderingen av om skaden er å anse som vesentlig er, sammenholdt med presiseringen i forarbeidene, en vurdering som avhenger av at man har faglig innsikt i potensielle konsekvenser av den avgjørelsen man kommer til, noe som også kan tale for at vurderingen burde overlates til forvaltningen. Samtidig er det snakk om en vurdering i en situasjon der man står overfor vitenskapelig usikkerhet, noe som er et argument for at man ikke kan legge for stor vekt på det faglige aspektet ved vurderingen av hva som må anses som vesentlig skade. Dette taler også for at det ikke kan brukes som argument for at vurderingen ikke ligger under rettsanvendelsesskjønnet og dermed domstolens prøvingsrett. Begrepet «vesentlig» kan etter dette sies å være et begrep som faller i samme kategori som begreper som for eksempel «rimelig», «utilbørlig» eller «nødvendig». Felles for disse begrepene er at de spiller på subjektive normer for vurdering. Hva som ligger i begrepet «rimelig» vil kunne variere stort avhengig av ståstedet og bakgrunnen til den som vurderer det. Det er vanskelig å si at alle slike begreper automatisk faller inn under forvaltningens frie skjønn, det ville ha formodningen mot seg at domstolene skulle være avskåret fra en hver vurdering av

---

<sup>84</sup> Rt. 2007 s. 257 avsnitt 18

begreper som kan beskrives som subjektive vurderingsnormer. Det må derfor gjøres en konkret vurdering av begrepet slik det er tenkt brukt i den enkelte lovtekst. Vesentlig blir det her å se på om lovgiver mente å tillegge vurderingen et faglig og/eller politisk aspekt og dermed å la den falle inn under forvaltningens frie skjønn.

Begrepet «alvorlig og irreversibel» stiller til en viss grad i samme kategori som «vesentlig». Hva som ligger i begrepet «irreversibel» kan imidlertid ikke sies å i samme grad bygge på subjektive vurderingsnormer. At noe er irreversibelt betyr at det ikke kan gjøres om, at den potensielle skaden er endelig. Det er imidlertid vanskelig å med sikkerhet si at en skade er irreversibel i den settingen man her bruker begrepet, da det er snakk om en situasjon med manglende eller usikker vitenskapelig kunnskap. Det ligger derfor en grad av subjektiv vurdering også i denne delen av begrepet, og vurderingen av begrepet sett i sammenheng med de presiseringene som er gjort av lovgiver i forarbeidene tilsier at det her kreves faglig kompetanse for å avgjøre om kriteriet er oppfylt. Dette trekker i retning av at vurderingen er overlatt til forvaltningens mer eller mindre frie skjønn. Hva som ligger i begrepet «alvorlig» gir seg heller ikke av seg selv, og er i likhet med «vesentlig» i stor grad et begrep som spiller på de subjektive vurderingsnormene. Selv om man her har begrenset forvaltningens mulighet for å skjønne ved å sette likhetstegn mellom den vurderingen som skal foregå for å avgjøre om noe er vesentlig etter bestemmelsens første punktum og om noe er alvorlig etter bestemmelsens andre punktum, er det ikke tilstrekkelig klargjort til at man kan se på begrepene som et generelt juridisk kriterium. I andre sammenhenger vil det gjerne være en gradsforskjell mellom «vesentlig» og «alvorlig» skade, at det i dette tilfellet heller er satt likhetstegn mellom de to begrepene taler for at vurderingen etter nml. § 9 er en konkret vurdering som er spesiell for bruken av begrepene i denne konkrete sammenheng. Dette er igjen et argument for at vurderingen av om de kriteriene «vesentlig» og «alvorlig og irreversibel» utgjør er oppfylt i det enkelte tilfelle, er en vurdering som hører til under forvaltningens skønnsutøvelse.

Hva som utgjør tilstrekkelig «risiko» har også skønnsmessige elementer, og det er vanskelig å se at dette begrepet kan gjelde som et generelt juridisk kriterium. Om det foreligger tilstrekkelig risiko blir en konkret vurdering som forvaltningen må gjøre i

forbindelse med den enkelte avgjørelse. Flere faktorer spiller inn, og vurderingen har både dels politiske sider og sider som krever faglig kunnskap. Dette taler for at vurderingen faller inn under forvaltningens skjønnsutøvelse.

Et viktig argument for at vurderingene må være overlatt til forvaltningens skjønnsutøvelse er at begrepene i bestemmelsen, og de vurderingene som gjøres i forbindelse med begrepene og bestemmelsen som helhet, har et viktig politisk aspekt. Det er liten tvil om at bestemmelsen spiller en rolle i den helhetlige miljøpolitikken til lovgiver, og at vurderingene etter bestemmelsen har politiske aspekter. Dette ser man også ved at lovgiver har valgt å presisere at hensynene skal veies opp mot andre viktige samfunnshensyn. Lovgiver har et uttalt politisk formål om å bygge miljøpolitikken og miljølovgivningen på miljøpolitiske prinsipper, deriblant føre var-prinsippet. Bestemmelsen er i sin form en bestemmelse som, om den ikke bare er en politisk programerklæring, i alle fall ikke ligger fjernt fra en slik type bestemmelse. Det nære forholdet til den miljøpolitiske debatten er med på å trekke i retning av at de skjønnsmessige vurderingene av begrepene, som går ut over det som lovgiver har presisert i forarbeider, er vurderinger der forvaltningen har siste ordet og der domstolene ikke kan utøve kontroll.

Et argument som går igjen og taler for at det er snakk om vurderinger som er overlatt til forvaltningens skjønnsutøvelse er at vurderingene krever faglig kunnskap. Kravet om faglig kunnskap ser man at er felles for vurderingene av de skjønnsmessige begrepene i nml. § 9. Vektleggingen av dette argumentet vanskeliggjøres imidlertid av at man i den konteksten der bestemmelsen kommer til anvendelse står overfor usikker eller manglende kunnskap. For å gjøre en vurdering av hva som er «vesentlig» skade eller hva som utgjør tilstrekkelig «risiko» forutsettes det faglig kunnskap, men i forbindelse med føre var-prinsippet mangler denne kunnskapen, eventuelt så er kunnskapen ikke tilstrekkelig eller usikker, noe som ikke nødvendigvis gjør at forvaltningen stiller sterkere enn domstolene i avgjørelsen av om kriteriet er oppfylt eller ikke. Dette er et argument for at domstolene burde kunne prøve forvaltningens skjønnsmessige vurderinger hva gjelder bruken av begrepene «vesentlig», «alvorlig og irreversibel» og «risiko» selv om disse ikke kan anses som generelle juridiske kriterier.

Formålet med føre var-prinsippet slik det er formulert i nml. § 9 er jo nettopp at det skal hindre at usikker kunnskap skal brukes som argument på en måte som setter naturen i potensiell fare. Det har da formodningen mot seg at den samme usikre kunnskapen skal kunne hindre at domstolene kontrollerer vurderingene som forvaltningen gjør i den enkelte sak. Det er nettopp denne spesielle settingen som bestemmelsen brukes i med tanke på den vitenskapelige kunnskapen jeg mener burde veie tyngst i vurderingen av om vurderingene av hva som er «vesentlig», «alvorlig og irreversibel» og hva som utgjør «risiko» etter bestemmelsen hører til under rettsanvendelsesskjønnet eller forvaltningens frie skjønn. Det at det kreves faglig kunnskap for å gjøre vurderingene burde ikke veie tungt i de tilfellene der man vet at den faglige kunnskapen uansett er mangelfull eller usikker.

Graver peker på at vurderinger av hva som er «forsvarlig» i en teknisk forskrift nødvendigvis vil kreve teknisk kunnskap, og at hva som er «nødvendig» helsehjelp krever medisinsk kunnskap, så vel som vurderinger av etiske og politiske aspekter. Like fullt faller disse vurderingene inn under Gravers betegnelse av det som er rettsanvendelsesskjønnet, og kan kontrolleres av domstolene.<sup>85</sup> Ser man dette i sammenheng med de vurderingene som gjøres etter nml. § 9 vedrørende begrepene «vesentlig», «alvorlig og irreversibel» og «risiko», trekker dette i retning av at disse vurderingene også må være omfattet av rettsanvendelsesskjønnet som domstolene kan prøve. Graver mener imidlertid at det at domstolene må sies å ha adgang til kontroll med disse skjønnsmessige vurderingene ikke er det samme som at de til en hver tid skal benytte seg av muligheten, og han oppfordrer til varsomhet og tilbakeholdenhet. I en annen artikkel trekker Graver frem rettspraksis i vurderingen av hva som er overlatt til forvaltningen og hva domstolene kan prøve. Graver finner her at *«vurderinger som inngår som ledd i fastleggelsen av i prinsippet objektive størrelser som «villamessig bebyggelse», «yngre person», «naturtype», kan det se ut som om domstolene i høyere grad overprøver enn de rene vurderingsnormer.»*<sup>86</sup>

---

<sup>85</sup> Graver 2007, s 260

<sup>86</sup> Graver Hans Petter 2007 «Fjordlaksformelen og forvaltningens vurderingsfrihet» publisert i Lov og Rett nr 06/2007 (heretter Graver 2007 B), s 368



Et spørsmål er om det tematiske området man her befinner seg innenfor har noen påvirkning på hvor vidt vurderingene må være endelig overlatt til forvaltningen eller ei. Graver mener at man må være mer tilbakeholden med domstolskontrollen der *«forvaltningens mandat er å vareta viktige fellesskapshensyn i en situasjon med usikkerhet, som i spørsmål om helse og miljø, enn hvor individuelle interesser står mot mer diffuse almene hensyn, som i tvangssaker i velferdsforvaltningen.»*<sup>87</sup> I følge denne påstanden skulle selve det at vi står over for spørsmål på miljørettens område, sammenholdt med den usikkerheten man har presumere å stå overfor, medføre en mer restriktiv holdning til overprøving fra domstolenes side. Med det er det ikke sagt at det ikke er anledning for domstolskontroll, men at domstolene altså uansett skal være varsomme med overprøving av forvaltningens avgjørelser på området.

Rettsikkerheten, og ivaretagelsen av denne, brukes ofte som argument for at domstolskontroll skal tillates, også i de situasjoner der man står overfor vurderingen av skjønnsmessige uttrykk som i utgangspunktet tilsier at vurderingen er overlatt til forvaltningen. I Rt. 2007 s.257 ble domstolenes anledning til overprøving av forvaltningens tolkning av begrepet «særlige grunner» drøftet, og i denne anledning kom førstevoterende med følgende premiss om rettsikkerheten: *«Det kan spørres om rettsikkerhetshensyn taler for at fastleggingen av «særlige grunner» bør anses som rettsanvendelse med den mer intensive domstolsprøvelse som da kan finne sted. Langt på vei vil dette spørsmålet kunne besvares ut fra de momenter som allerede er trukket frem. Når generelle kriterier kombineres med faglige og politiske vurderinger, vil domstolskontrollen reelt sett måtte konsentrere seg om de hensyn som er tatt, ligger innenfor det loven tillater – med andre ord om de er relevante og anvendt på en saklig, ikke-diskriminerende måte. Men så langt går også kontrollen med forvaltningens frie skjønn, jf. hva jeg tidligere har sagt om dette. Det utelukker likevel ikke at skjønnet i andre typer saker hvor det er spørsmål om dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7, vil kunne være mindre preget av bygningsfaglige og politiske vurderinger og mer være av juridisk eller moralsk art. I en slik situasjon vil rettsikkerhetsgrunner kunne tilsa en mer intensiv domstolskontroll.»*<sup>88</sup> Førstevoterende åpner her for at hensynet til

---

<sup>87</sup> Graver 2007 B, s 366

<sup>88</sup> Rt. 2007 s.257, avsnitt 44

rettssikkerheten kan få forskjellig utslag også innenfor samme bestemmelse. Dette er et argument som trekker i retning av at hvor vidt domstolene kan kontrollere vurderingen av hva som er «vesentlig», «alvorlig og irreversibel» eller tilstrekkelig «risiko» etter nml. § 9 vil avhenge av hvilken situasjon vurderingen er gjort i, og at domstolene med bakgrunn i hensynet til rettssikkerheten i en del tilfeller vil kunne kontrollere disse vurderingene. Graver peker på at rettssikkerheten etter dette er avhengig av det vedtaket som er fattet med bakgrunn i bestemmelsen, og ikke et hensyn ved selve tolkningen av bestemmelsen.

Det er etter dette vanskelig å komme til noen entydig konklusjon i spørsmålet om anledningen for domstolskontroll med forvaltningens vurderinger etter nml. § 9. En del av argumentene taler for at de omtalte vurderingene er overlatt til forvaltningens frie skjønn. Lovgiver har presisert hva som ligger i begrepene, uten at begrepene har mistet sin karakter av subjektive vurderingsnormer. Vurderingene har klare politiske aspekter, og selv om den faglige kunnskapen i situasjonen er usikker, kreves det faglig innsikt for å kunne ta en avgjørelse av om vilkårene er oppfylt eller ikke. Mulighetene for å bruke nml. § 9 som et virkemiddel for å verne om naturmiljøet og naturmangfoldet blir svekket av at forvaltningen har siste ordet i disse vurderingene. Samtidig utelukkes ikke mulighetene for domstolskontrollen totalt, og i de vedtakene der man i større grad snakker om spørsmål av en juridisk eller moralsk art, vil vurderingene kunne prøves av domstolene.

#### 5.4.3 Vurderingen av hva som er hensiktsmessig og avveiningen mot andre hensyn

Nml. § 9 er en bestemmelse som sier noe om hvilke hensyn forvaltningen skal ta når de treffer avgjørelser. Hensynene skal veies opp mot andre hensyn, og det blir derfor opp til forvaltningen å gjøre en vurdering av hva som er hensiktsmessig i den enkelte sak. Spørsmålet om hvor vidt domstolene kan kontrollere denne vurderingen er interessant i forhold til hvor effektivt bestemmelsen kan brukes som verktøy for å verne om sårbar natur spesielt og naturmangfoldet generelt. Det er imidlertid en klar regel at den klare hensiktsmessighetsvurderingen er overlatt til forvaltningens utøvelse av skjønn, og dermed ikke kan overprøves av domstolene. Dette taler for at så lenge forvaltningen har

gjort en vurdering, denne er grundig nok ut ifra forvaltningsrettslige krav om godt nok opplyst sak etc., vil ikke domstolene kunne prøve spørsmålet om føre var-prinsippet skal få gjennomslag og komme til anvendelse eller ikke.

Backer peker på at dersom man aksepterer bærekraftig utvikling som et rettslig prinsipp, så må dette også få følger for rettsanvendelsen.<sup>89</sup> «*I forvaltningens skjønnsutøving må prinsippet gjøre at det er lovlig - og vel også plikt til - å ta miljøhensyn i saker der vedtaket har konsekvenser for miljøet. Likeledes må prinsippet om bærekraftig utvikling og miljøhensyn påvirke forståelsen av skreven og uskreven rett.*» Dette ble også understreket av Høyesterett i Lunner Pukkverk-dommen,<sup>90</sup> der man la vekt på de konsekvensene transporten i forbindelse med pukkverket ville ha for miljøet istedenfor et forvaltningsrettslig spesialitetsprinsipp. Tidligere i oppgaven har jeg vist at føre var-prinsippet må være å anse som et rettslig prinsipp i norsk rett, noe som etter dette også må få følger for rettsanvendelsen og hvilke hensyn forvaltningen er pliktige til å ta i sine avveininger. Det at forvaltningen må ta miljøhensyn er imidlertid ikke det samme som at miljøhensynene må vinne frem, heller ikke i de tilfeller der miljøhensynene er de mest sentrale, som i naturmangfoldloven. Det er godtgjort på flere måter at hensynene i føre var-prinsippet må tas med i vurderingen, men så lenge forvaltningen står fritt til å avveie de mot andre hensyn er det viktig å avklare om det er slik at forvaltningen har det endelige ordet i denne avveiningen, eller om domstolene vil kunne gå inn og overprøve den avveiningen som gjøres. Dersom domstolene ikke kan gjøre en slik overprøving, vil det være en fare for at hensynene i føre var-prinsippet i flertallet av avveiningene må vike for hensynet til kostnadseffektivitet. Og faren vil være ekstra stor på de områder der miljøhensynene ikke er de mest sentrale. Siden bestemmelsene i nml. kap. II skal være sektorovergripende og gjelde for forvaltningen også på andre områder enn etter nml., blir spørsmålet om anledning til domstolskontroll med forvaltningens avveininger særlig interessant.

---

<sup>89</sup> Backer, Inge Lorange 2002 «Miljøvern og økonomisk utnyttelse – prinsippet om bærekraftig utvikling» publisert i forbindelse med Det 36. nordiske Juristmøte 2002 s115 – 141 (heretter Backer 2002), s 120

<sup>90</sup> Rt. 1993 s.528

De vurderingene som særlig berøres av denne begrensningen er de vurderingene der forvaltningen veier hensynene i nml. § 9 opp mot andre viktige samfunnshensyn i tråd med nml. § 14. Det kan kort konkluderes med at vurderingen av hva som er et hensiktsmessig resultat av denne avveiningen, i tråd med hovedregelen om domstolskontroll med hensiktsmessighetsvurderingene, må være overlatt til forvaltningen, og kan ikke prøves av domstolene. Dette fordi det ikke er noen holdepunkter for at det i forbindelse med nml. §§ 9 og 14 foreligger særskilte bestemmelser som gir domstolene adgang til å kontrollere hensiktsmessigheten, og en slik adgang kan heller ikke utledes av lovgivningen.<sup>91</sup> Men et viktig spørsmål i denne sammenheng blir om vurderingen av hvilke andre samfunnshensyn som skal avveies mot hensynene i føre var-prinsippet i nml. § 9 også er å anse som en vurdering som domstolene ikke kan prøve. Mulige viktige samfunnshensyn nevnt i forarbeidene, men de er ikke nærmere presisert. Det blir etter dette opp til forvaltningen å avgjøre hvilke hensyn de velger å legge vekt på som viktige. Vesentlige spørsmål i denne sammenheng er om domstolene vil kunne prøve hvilke andre hensyn som blir vurdert som viktige av forvaltningen? Vil domstolene kunne kjenne et vedtak ugyldig på bakgrunn av at forvaltningen har lagt vekt på et samfunnshensyn som domstolene ikke anser som viktig?

Kostnadseffektivitet er et hensyn som er tatt med i Rio-erklæringens prinsipp 15. I denne formuleringen av føre var-prinsippet har man dermed ansett dette hensynet så viktig at man har tatt det med i selve formuleringen. Man kan da spørre om hensynet ikke er ansett som viktig av lovgiver siden man har valgt å la være å ta det med i formuleringen av nml. § 9, når formuleringen av denne bestemmelsen ellers ligger tett opp til formuleringen av Rio-erklæringens prinsipp 15? Og dersom hensynet ikke er ansett som viktig, vil forvaltningen likevel kunne legge vekt på det uten at domstolene eventuelt vil kunne overprøve vektleggingen? Backer peker på at ikke bare de andre samfunnsinteressene som anses som viktige er relevante hensyn for forvaltningen i avveiningen etter bestemmelsen i § 14.<sup>92</sup> Også andre samfunnshensyn med mindre tyngde vil kunne være relevante. Dette medfører at selv om man ved å ikke ta med

---

<sup>91</sup> Om hensiktsmessighetskontroll, se Eckhoff 2010, s 544.

<sup>92</sup> Backer 2010, s 118

kostnadseffektivitet i formuleringen av nml. § 9 mente å si at hensynet var mindre viktig enn etter Rio-erklæringen prinsipp 15, vil hensynet til kostnadseffektivitet likevel kunne være et relevant hensyn for forvaltningen å ta i avveiningen etter § 14. Økonomiske behov og behovet for en effektiv ressursforvaltning er også tatt med som mulige viktige samfunnshensyn som skal avveies mot miljøhensynene i lovens forarbeider. Hvor vidt hensynet til kostnadseffektivitet vil kunne vinne i avveiningen mot hensynene i føre var-prinsippet i nml. § 9 vil måtte avhenge av hvor tungtveiende hensynet til kostnadseffektivitet kan sies å være i den enkelte sak, og vil måtte være særlig tungtveiende for å kunne hindre et vedtak som vil tilgodese naturmangfoldet. Særlig er dette tilfelle der vedtaket er av større betydning for naturmangfoldet. Ordlyden i nml. § 14 sier lite som kan medføre en utviding av domstolskontrollen av vedtak etter naturmangfoldloven. Domstolene kan etter første ledd prøve om det er andre viktige samfunnsinteresser som forvaltningen har oversett eller ikke har utredet tilstrekkelig, men hvilken vekt forvaltningen har tillagt de ulike hensynene må være utenfor domstolenes kontrollmulighet. Hensynet til kostnadseffektivitet kan med andre ord bli tillagt vekt av forvaltningen selv, men dersom de velger å ikke ta andre relevante hensyn eller ikke utreder hva som er andre viktige samfunnshensyn, vil domstolene kunne kjenne vedtaket ugyldig på bakgrunn av dette. Domstolene vil imidlertid på naturmangfoldlovens område ikke kunne kjenne et vedtak ugyldig bare på bakgrunn av den vekten kostnadseffektiviteten har blitt tillagt i forhold til hensynene i føre var-prinsippet i nml. § 9, da dette ligger utenfor området for adgangen til domstolskontroll. Dette gjør at hensynet til kostnadseffektivitet har en potensielt sterk posisjon i føre var-prinsippet i nml. § 9 også selv om det ikke er tatt med i selve formuleringen.

I nml. § 14 annet ledd er hensynet til naturgrunnlaget for samisk kultur tillagt en særlig vekt. Denne regelen er et sterkt argument for at domstolene i spørsmål der de mener det er klart at de hensynet til samiske interesser ikke har blitt tillagt tilstrekkelig vekt, vil kunne gå inn og kjenne vedtaket ugyldig. Domstolene vil imidlertid heller ikke i disse sakene kunne gå inn i forvaltningens skjønnsutøvelse og «prøve avveiningen mot andre, presumptivt mer tungtveiende, hensyn».<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> Backer 2010, s 119

Hensynene i føre var-prinsippet i nml. § 9 skal ikke bare legges til grunn på naturmangfoldlovens område. Siden nml. § 14 bare gjelder på naturmangfoldlovens område, blir et vesentlig spørsmål om reglene om avveining mot andre samfunnshensyn blir annerledes på andre områder enn etter naturmangfoldlovens bestemmelser. Siden det følger av nml. § 7 at prinsippene i nml. §§ 8-12 er pliktige hensyn å ta for forvaltningen også i vurderinger etter andre lovbestemmelser enn de som følger av nml., vil man måtte anta at domstolene vil måtte ha samme anledning til å kontrollere hvor vidt disse hensynene er tatt med i vurderingen ved forvaltningens utøvelse av skjønn. Domstolene vil også, som en følge av forvaltningens plikt til å søre for at sakene er så godt utredet og opplyst som mulig, måtte kunne kontrollere hvor vidt forvaltningen har oversett viktige samfunnshensyn i sin vurdering. Hvor vidt domstolene kan gå inn og vurdere avveiningen av de ulike hensynene i avgjørelser som bygger på andre rettsgrunnlag enn naturmangfoldloven må det gjøres en konkret vurdering av i den enkelte sak. For at domstolene skal kunne gå inn og vurdere denne avveiningen må det foreligge særskilte bestemmelser som følger enten av det rettsgrunnlaget som avgjørelsen bygger på, eller så må en slik adgang kunne utledes av rettsgrunnlaget. Det er med andre ord ikke anledning til å si noe generelt om anledningen til domstolskontroll med avveiningen av hensyn i avgjørelser som ikke bygger på naturmangfoldloven.

De vedtakene som gjøres etter naturmangfoldloven gjøres i stor grad med lovens formål i øyemed, og de skal tjene til å nå de målene som loven oppstiller for forvaltningen av naturen. For å sikre at vedtakene som blir gjort etter bestemmelsene i loven faktisk er med på å sikre disse målene, kan man argumentere for at domstolene burde ha anledning til å prøve hvor egnet vedtakene er til å nå målene, men den klare hovedregel er at dette kan ikke domstolene prøve.<sup>94</sup> Unntaket er dersom det kan slås fast at man på det tidspunktet vedtaket ble gjort hadde fagkunnskap som tilsa at vedtaket ikke var egnet som virkemiddel for å nå målene. I forhold til føre var-prinsippet blir det vanskelig å argumentere med at det er klargjort at forvaltningen på tidspunktet for avgjørelsen satt på fagkunnskap som tilsa at det vedtaket man gjorde ikke var egnet som virkemiddel for å nå målet, fordi man står overfor en situasjon der fagkunnskapen er

---

<sup>94</sup> Backer 2010, s 33

usikker eller manglende. Kanskje kan man si at nettopp det at fagkunnskapen er usikker tilsier at domstolene skulle ha anledning til å prøve hvor egnet et vedtak er til å nå de overordnede målene, fordi fagkunnskapen i disse tilfellene tilsier at man ikke vet om et vedtak vil kunne motvirke lovens formål istedenfor å være et virkemiddel for å nå målene? Jeg finner imidlertid ikke holdepunkter for å kunne konkludere på denne måten slik reglene er per i dag.

## **6 Avslutning**

Spørsmålet om i hvilken grad domstolene kan prøve forvaltningens avgjørelser der føre var-prinsippet i nml. § 9 skal legges til grunn som retningslinje for forvaltningens utøving av myndighet er relevant fordi en slik adgang til domstolskontroll er grunnleggende for å sikre at naturmangfoldloven kan fungere som et virkemiddel for å sikre en bærekraftig bruk av naturen. Loven har som formål å stanse tap av biologisk mangfold og sikre bærekraftig bruk av naturen. For at man skal kunne nå dette målet er man avhengig av at man har noen grunnleggende prinsipper som gjelder ikke bare på de områder der naturen og naturmangfoldet står i fokus, men også der hensynet til naturen er et av flere viktige hensyn å ta. Dette har man forsøkt å få til gjennom bestemmelsene i naturmangfoldlovens kapittel II. Det er imidlertid ikke nok å ha slike grunnleggende prinsipper, de må kunne brukes som virkemidler for å nå målene om å stanse tap av biologisk mangfold og sikre bærekraftig bruk av naturen. Her spiller forvaltningens rom for skjønnsutøvelse og adgangen til domstolskontroll en vesentlig rolle.

På bakgrunn av gjennomgangen i foregående kapitler i denne avhandlingen har jeg kommet til at domstolene dersom spørsmålet om gyldigheten av et forvaltningsvedtak kommer opp har anledning til å prøve forvaltningens lovtolkning og subsumsjonen. Domstolene vil også kunne prøve om saksbehandlingen er i henhold til alminnelige forvaltningsrettslige krav til saksbehandlingen, samt om de særlige krav som nml. § 9 oppstiller til begrunnelse for vedtaket er oppfylt.

For at føre var-prinsippet i nml. § 9 skulle fungere som et godt virkemiddel for å sikre formålet med naturmangfoldloven, burde adgangen til domstolskontroll være vid, og også omfatte kontroll med vurderingene av vilkårene for at prinsippet skal komme til anvendelse, samt hvor vidt vilkårene er oppfylt i det enkelte tilfellet. Jeg har imidlertid kommet til at disse vurderingene i en del tilfeller må være overlatt til forvaltningens frie skjønn på grunn av vurderingenes faglige og politiske aspekter. Samtidig mener jeg at domstolene ikke kan være helt avskåret fra å kontrollere disse vurderingene, men hvor vidt domstolene har anledning til en slik kontroll må man vurdere i forhold til det enkelte vedtak. Her må hensynet til at man ved spørsmålet om føre var-prinsippet skal komme til anvendelse står overfor en situasjon med vitenskapelig usikkerhet spille en rolle, sammen med alvorligheten av den potensielle skaden på naturen.

Gjennom Naturmangfoldloven søker lovgiver å nå et mål om å bevare naturmangfoldet. Føre var-prinsippet er tatt med for å fungere som en retningslinje der man ikke har tilstrekkelig sikker fagkunnskap, noe som ofte er tilfelle når man står overfor problemstillinger som vedrører natur og miljø. Dette er imidlertid ikke gjenspeilet i mulighetene for domstolskontroll med forvaltningens avgjørelser. I flere tilfeller er det slik at domstolene er avskåret fra å kontrollere ulike sider ved forvaltningens avgjørelser fordi vurderingene som ligger til grunn krever faglig kunnskap. Skulle føre var-prinsippet fungere som et effektivt virkemiddel for å nå målet om å bevare naturmangfoldet og sikre bærekraftig bruk, burde det vært tatt høyde for at man ved spørsmål om føre var-prinsippets anvendelse står overfor en usikker faglig kunnskap ved å gi domstolene en utvidet mulighet for domstolskontroll. Domstolene burde, om de ikke skal ha full prøvingsrett, i alle fall ha anledning til å vurdere om forvaltningens avgjørelse er egnet til å nå målet om å bevare naturmangfoldet og sikre bærekraftig bruk.



## 7 Litteraturliste

Backer, Inge Lorange 1999 «Innføring i naturressurs og miljørett»

Backer, Inge Lorange 2002 «Miljøvern og økonomisk utnyttelse – prinsippet om bærekraftig utvikling» publisert i forbindelse med Det 36. nordiske Juristmøte 2002 s. 115 - 141

Backer, Inge Lorange 2010 «Naturmangfoldsloven. Kommentartutgave» Oslo: Universitetsforlaget

Boe, Erik 2007 «Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?» I: Lov og Rett nr 02/2007

Bugge, Hans Chr. 2006 «Miljørett som disiplin» I: Festskrift til Carl August Fleischer - dog Fred er ej det bedste... Oslo: Universitetsforlaget

Bugge, Hans Chr. 2007 «Norway» I: Implementing the precautionary principle. Approaches from the Nordic countries, EU and USA. red. Nicolas de Sadeleer London: Earthscan

Bugge, Hans Chr. 2011 «Lærebok i miljøforvaltningsrett» Oslo: Universitetsforlaget

Convention on Biological Diversity

De Sadeleer, Nicolas 2002 «Environmental Principles» Oxford: Oxford University Press

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith 2010 «Forvaltningsrett» Oslo: Universitetsforlaget

Fauchald, Ole Christian 2007 «Forfatning og miljøvern – en analyse av Grunnlovens §110 b» I: Tidsskrift for Rettsvitenskap nr. 01-02/2007

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SIVPOL)

Gisle, Jon et al 2007 «Jusleksikon» Oslo: Kunnskapsforlaget ANS

Graver, Hans Petter 2006 «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper» I: Tidsskrift for rettsvitenskap nr.02/2006

Graver, Hans Petter 2007 «Alminnelig forvaltningsrett» Oslo: Universitetsforlaget

Graver, Hans Petter 2007 «Fjordlaksformelen og forvaltningens vurderingsfrihet» I: Lov og Rett nr. 06/2007

Hovi, Jon 2001 «Føre var-prinsippet som rasjonelt beslutningskriterium» I: CICERO Working paper 2001:13 Oslo: CICERO

Innst. S. nr. 163 (1991-1992)

Lov av 10.02.1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov av 19.06.2009 nr. 100 Lov om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven)

NOU 1995:4 «Virkemidler i miljøpolitikken»

OSPAR-konvensjonen

Ot. prp. nr. 38 (2000-2001) «Om lov om miljøvern på Svalbard» (svalbardmiljøloven)

Ot. prp. nr. 52 (2008-2009) «Om lov om forvaltning av naturens mangfold»  
(naturmangfoldsloven)

Rt. 1993 s. 528

Rt. 1995 s. 72

Rt. 1995 s. 1427

Rt. 1998 s. 1795

Rt. 2000 s. 591

Rt. 2004 s. 1092

Rt. 2005 s. 117

Rt. 2005 s. 229

Rt. 2007 s. 257

St.mld. nr. 58 (1996-1997) «Miljøvernpolitikk for en berekraftig utvikling. Dugnad for  
framtida»

Tvedt, Morten Walløe, Roar Berge og Sindre Gjertsen Marqvardsen 2005 «Hvordan  
forstå materiell forvaltningsrett – en oversikt over det viktige og vanskelige i  
forvaltningsretten» Oslo: Cappelen Akademisk Forlag

A